

sui generis

RATIONS S

**Le contrôle des concentrations
d'entreprises**

Analyse comparée du test de
dominance suisse, du test SIEC
européen et du test SLC américain

Valentin Botteron

A Aurélie

Valentin Botteron

Le contrôle des concentrations d'entreprises

**Analyse comparée du test de dominance suisse,
du test SIEC européen et du test SLC américain**

*«If we will not endure a king as a political power,
we should not endure a king over the production, transportation,
and sale of any of the necessities of life.»*

Senator **JOHN SHERMAN**

Avant-propos

La présente étude est l'aboutissement d'un travail de doctorat réalisé à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel ainsi qu'à la *Columbia Law School* à New York avec le soutien du Fonds national suisse de la recherche scientifique. La thèse a été soutenue le 19 octobre 2020 devant un jury composé des Professeurs Blaise Carron, Evelyne Clerc, Patrik Ducrey et Philipp E. Zurkinden.

Je tiens à exprimer ici ma profonde reconnaissance au Professeur Blaise Carron dont j'ai été l'assistant et qui a été un directeur de thèse hors pair. Sa disponibilité, au quotidien, en séances de thèse, ou encore une fois venu le temps des relectures et des critiques, n'a cessé d'impressionner. Apprendre à penser librement et à formuler ses observations simplement ont été des enseignements qu'il m'a dispensés par l'exemple. Les années passées à travailler à ses côtés me laisseront un souvenir impérissable.

Ma gratitude va également aux Professeurs Evelyne Clerc, Patrik Ducrey et Philipp Zurkinden, pour m'avoir fait l'honneur d'accepter la fonction de rapporteur. Leur examen méticuleux, leur critique constructive et leur appréciation de cette recherche, leurs questions et remarques, ont permis d'affiner ma pensée et de clarifier mon texte. Qu'ils trouvent ici l'expression de ma reconnaissance pour leur travail bienveillant.

Je remercie également tous mes amis et collègues, de Suisse et de New York. A leur manière, ils m'ont soutenu et ont contribué à l'aboutissement de mon doctorat. Particulièrement, je tiens à saluer ici Julien et Aurélie avec qui j'ai partagé mon assistanat, Fred et Guillaume, mes compagnons de route de la première heure, Lino et Eloi, pour l'émulation qu'ils ont suscitée en moi au moment où ils terminaient leur propre thèse, mais aussi Stéphane, Dario, Raphaël et Alfio, avec qui nous nous sommes serrés les coudes en bibliothèque et les avons parfois levés après. I am grateful for my friends of New York, Gladimir, Luca, Chetna, Paolo, Lisa, Federica, Antonin, Eva, Gustavo, Mehrnush, Beatriz, Elif and Seçkin. Enfin les amis de toujours, les Papes, Micha et Léane, Jérôme et Colette et j'en oublie sûrement.

Je remercie encore ma famille, en particulier mes parents, qui m'ont permis d'étudier et qui m'ont encouragé tout au long de ma tâche.

Enfin je remercie Aurélie, qui m'a encouragé et soutenu sans limite, rendant ainsi les derniers temps de ma thèse un peu plus légers. Sa patience infinie et la confiance qu'elle m'a accordée à chaque fois que j'assurais avoir « presque terminé » mon manuscrit, constituent assurément sa précieuse contribution à l'ouvrage.

Neuchâtel, le 9 novembre 2020

Valentin Botteron

Sommaire

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXV
Bibliographie	XXIX

Introduction	1
I. L'objet, l'intérêt et les buts de la recherche	1
II. Les méthodes et la délimitation du sujet	4
III. Le plan	11

Première partie : Les fondements	13
---	-----------

Chapitre 1 : Les notions de la concurrence	15
I. Les définitions	15
II. Les fondements de la concurrence parfaite	17
III. Les buts du droit de la concurrence	18
IV. Une conclusion	33

Chapitre 2 : Les sources du contrôle des concentrations	35
---	----

I. Le droit suisse	35
II. Le droit européen	41
III. Le droit américain	44

Deuxième partie : Le contrôle matériel des concentrations	49
--	-----------

Chapitre 3 : Le test matériel du contrôle des concentrations en droit suisse	51
I. Le test	51
II. La détermination du marché pertinent	59
III. Les effets anticoncurrentiels	69
IV. Le lien de causalité	109
V. Les facteurs de contrepoids	117

VI. Les mesures correctives	131
VII. Une conclusion	145
<hr/>	
Chapitre 4 : Le test matériel du contrôle des concentrations en droit européen	149
I. Le test	149
II. La détermination du marché pertinent	154
III. Les effets anticoncurrentiels	167
IV. Le lien de causalité	214
V. Les facteurs de contrepoids	220
VI. Les mesures correctives	235
VII. Une conclusion	245
<hr/>	
Chapitre 5 : Le test matériel du contrôle des concentrations en droit américain	247
I. Le test	247
II. La détermination du marché pertinent	252
III. Les effets anticoncurrentiels	260
IV. Le lien de causalité	292
V. Les facteurs de contrepoids	295
VI. Les mesures correctives	306
VII. Une conclusion	314
<hr/>	
Troisième Partie : L'analyse comparée des contrôles de la concentration et la proposition d'une réforme	317
<hr/>	
Chapitre 6 : L'analyse comparée des tests	319
I. La démarche	319
II. La comparaison des tests de dominance, SIEC et SLC	322
III. Les conséquences sur les cas limites	343
IV. Une conclusion	351
<hr/>	
Chapitre 7 : La réforme du droit suisse	353
I. La démarche	353
II. La nécessité d'une réforme	353

III. Une proposition de réforme législative	366
IV. Une conclusion	378
<hr/>	
Conclusion Générale - Les thèses	379
I. Les fondements	379
II. Le contrôle matériel des concentrations	380
III. L'analyse comparée des tests	381
<hr/>	
Annexe I : Table et statistiques des décisions de la Comco 1997-2019	383
<hr/>	
Annexe II : Statistiques de la Commission européenne 2004-2019 ...	401
<hr/>	
Annexe III : Statistiques des Agences américaines 1997-2019	402

Table des matières

Avant-propos	V
Sommaire	VII
Table des matières	XI
Table des abréviations	XXV
Bibliographie	XXIX

Introduction	1
I. L'objet, l'intérêt et les buts de la recherche	1
A. L'objet et l'intérêt de la recherche	1
B. Les buts de la recherche	3
II. Les méthodes et la délimitation du sujet	4
A. Les méthodes utilisées	4
1. La méthode de droit comparé	4
2. La méthode d'analyse quantitative	8
3. La méthode d'analyse qualitative	9
B. La délimitation du sujet	10
III. Le plan	11

Première partie : Les fondements	13
---	-----------

Chapitre 1 : Les notions de la concurrence	15
I. Les définitions	15
II. Les fondements de la concurrence parfaite	17
III. Les buts du droit de la concurrence	18
A. Remarques générales	18
B. Les standards de protection en général	19
1. Le bien-être du consommateur	20
2. Le bien-être général	22
3. La protection d'un pouvoir économique décentralisé ..	23
4. La protection de l'accès au marché pour les entreprises	24
5. La protection du processus concurrentiel	24
C. La politique de la concurrence dans les régimes examinés	25
1. La politique suisse de la concurrence	25

2. La politique européenne de la concurrence	28
3. La politique américaine de la concurrence	30
D. Conclusions intermédiaires	32
IV. Une conclusion	33
<hr/>	
Chapitre 2 : Les sources du contrôle des concentrations	35
I. Le droit suisse	35
A. Les sources légales	35
1. La Constitution fédérale du 18 avril 1999	35
2. La LCart du 20 décembre 1962 (LCart-1962)	36
3. La LCart du 20 décembre 1985 (LCart-1985)	37
4. La LCart du 6 octobre 1995 (LCart)	38
5. Le projet LCart 2012 (P-LCart)	38
6. L'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996	40
B. Les normes de l'autorité	40
1. La note explicative de la Comco et formulaire d'une concentration du 21 octobre 2014	40
2. La communication du Secrétariat de la Comco Praxis <i>zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen</i> du 25 mars 2009	40
II. Le droit européen	41
A. Les sources légales	41
1. Les articles 101 à 109 TFUE	41
2. Le Règlement du Conseil 4064/89/CE du 21 décembre 1989	41
3. Le Règlement du Conseil 139/2004/CE du 20 janvier 2004	42
B. Les normes de l'autorité	42
1. La Communication de la Commission sur la définition du marché du 9 décembre 1997	42
2. Les Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004	43
3. La Communication juridictionnelle codifiée de la Commission du 16 avril 2008	43
4. Les Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non horizontales du 18 octobre 2008	44

5. Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables du 22 octobre 2008	44
III. Le droit américain	44
A. Les sources légales	44
1. Le <i>Sherman Act</i> du 2 juillet 1890	44
2. Le <i>Clayton Act</i> du 15 octobre 1914	45
B. Les normes de l'autorité	46
1. Les <i>U.S. Non Horizontal Merger Guidelines</i> du Department of Justice du 14 juin 1984	46
2. Le <i>Policy Guide to Merger Remedies</i> du Department of Justice d'octobre 2004	46
3. Les <i>U.S. horizontal merger Guidelines</i> du Department of Justice et de la Federal Trade Commission du 19 août 2010	47
4. Le <i>Statement on Negotiating Merger Remedies</i> de la Federal Trade Commission de janvier 2012	47
5. Les <i>Vertical Merger Guidelines</i> du Department of Justice et de la Federal Trade Commission du 30 juin 2020	47
<hr/> Deuxième partie : Le contrôle matériel des concentrations	49
<hr/> Chapitre 3 : Le test matériel du contrôle des concentrations	
en droit suisse	51
I. Le test	51
A. La base légale	51
B. La définition	52
C. Les conditions	53
D. La mise en œuvre	55
E. En pratique	56
II. La détermination du marché pertinent	59
A. Remarques générales	59
B. Les tests de détermination du marché pertinent	62
1. L'utilisation de précédents	62
2. Les tests quantitatifs	62
3. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs	68
C. Conclusions intermédiaires	68
III. Les effets anticoncurrentiels	69
A. Dans les concentrations horizontales	69

1. Remarques générales	69
2. La dominance individuelle qualifiée	70
a. Remarques générales	70
b. Les critères du test	70
(i) La part de marché détenue par les parties à la concentration	71
(ii) Le degré de concentration du marché pertinent	73
(iii) La proximité concurrentielle des parties	78
(iv) La possibilité limitée de changer de fournisseur	81
(v) La difficulté des concurrents d'augmenter leur production	81
(vi) La capacité financière des parties	81
3. La dominance collective qualifiée	82
a. Remarques générales	82
b. Les critères du test	84
(i) La possibilité d'atteindre une coordination	85
(ii) La surveillance des comportements déviants ..	87
(iii) Les mécanismes de dissuasion	88
(iv) La réaction des outsiders	88
4. Conclusions intermédiaires	89
B. Dans les concentrations verticales	90
1. Remarques générales	90
2. La dominance individuelle qualifiée	93
a. Remarques générales	93
b. Les critères du test	93
(i) Le verrouillage du marché	94
(ii) Les autres effets non coordonnés	97
3. La dominance collective qualifiée	98
a. Remarques générales	98
b. Les critères du test	98
(i) La possibilité d'atteindre une coordination	99
(ii) La surveillance des comportements déviants ..	99
(iii) Les mécanismes de dissuasion	100
(iv) La réaction des outsiders	100
c. Une exception notable	101
4. Conclusions intermédiaires	102
C. Dans les concentrations congglomérales	103
1. Remarques générales	103

2. La dominance individuelle qualifiée	105
a. Remarques générales	105
b. Les critères du test	105
(i) Le verrouillage du marché	105
(ii) Les effets de portefeuille	106
(iii) La discipline tarifaire	107
3. La dominance collective qualifiée	107
4. Conclusions intermédiaires	108
D. Conclusions intermédiaires	109
IV. Le lien de causalité	109
A. L'examen de concentrations simultanées	110
B. L'absence de concurrence avant la concentration	112
C. L'entreprise défaillante	113
D. Conclusions intermédiaires	116
V. Les facteurs de contrepoids	117
A. La concurrence potentielle	117
1. La probabilité d'une entrée sur le marché	118
2. Le délai d'entrée sur le marché	120
3. La suffisance de l'entrée sur le marché	121
B. La discipline par les cocontractants	121
C. Les gains d'efficacité	122
D. L'absence d'améliorations des conditions de concurrence sur un autre marché	126
E. L'évolution du marché et la position des entreprises dans la concurrence internationale	127
1. L'évolution du marché	127
2. La position des entreprises dans la concurrence internationale	128
F. Conclusions intermédiaires	130
VI. Les mesures correctives	131
A. Remarques générales	131
B. Les mesures structurelles	135
1. Remarques générales	136
2. La cession de l'activité à un acquéreur approprié	136
a. L'étendue de l'activité cédée	137
b. L'activité viable	138
c. Le cessionnaire approprié	138
d. Le règlement préalable et l'acquéreur initial	139
3. L'élimination des liens avec les concurrents	139
C. Les mesures non structurelles	140

1. Remarques générales	140
2. La pratique de la Comco	142
a. Le maintien séparé des organes ou des activités	142
b. La résiliation de contrats d'exclusivité	143
c. L'octroi d'accès à des infrastructures clés ou des licences	144
d. Les autres mesures	144
D. Conclusions intermédiaires	145
VII. Une conclusion	145

Chapitre 4 : Le test matériel du contrôle des concentrations

en droit européen	149
I. Le test	149
A. La base légale	149
B. La définition	150
C. Les conditions	150
D. La mise en œuvre	152
E. En pratique	152
II. La détermination du marché pertinent	154
A. Remarques générales	154
B. Les tests de détermination du marché pertinent	157
1. L'utilisation de précédents	158
2. La preuve d'une substitution dans un passé récent	158
3. Les tests quantitatifs	159
4. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs	162
C. Conclusions intermédiaires	167
III. Les effets anticoncurrentiels	167
A. Dans les concentrations horizontales	168
1. Remarques générales	168
2. Les effets non coordonnés	168
a. Remarques générales	168
b. Les critères du test	169
(i) La part de marché détenue par les parties à la concentration	170
(ii) Le degré de concentration du marché pertinent	173
(iii) La proximité concurrentielle des parties	176
(iv) La possibilité limitée de changer de fournisseur	181

(v)	La difficulté des concurrents d'augmenter leur production	182
(vi)	La capacité des parties de freiner l'expansion des concurrents	183
(vii)	L'élimination d'un important moteur de la concurrence	184
3.	Les effets coordonnés	185
a.	Remarques générales	185
b.	Les critères du test	186
(i)	La possibilité d'atteindre une coordination	186
(ii)	La surveillance des comportements déviants ..	187
(iii)	Les mécanismes de dissuasion	188
(iv)	La réaction des outsiders	188
4.	Conclusions intermédiaires	189
B.	Dans les concentrations verticales	189
1.	Remarques générales	190
2.	Les effets non coordonnés	191
a.	Remarques générales	191
b.	Les critères du test	191
(i)	Le verrouillage du marché	192
(ii)	Le transfert d'informations sensibles du point de vue de la concurrence	200
3.	Les effets coordonnés	200
a.	Remarques générales	200
b.	Les critères du test	201
(i)	La possibilité d'atteindre une coordination	201
(ii)	La surveillance des comportements déviants ..	202
(iii)	Les mécanismes de dissuasion	203
(iv)	La réaction des outsiders	203
4.	Conclusions intermédiaires	203
C.	Dans les concentrations conglomerales	205
1.	Remarques générales	205
2.	Les effets non coordonnés	205
a.	Remarques générales	205
b.	Les critères du test	206
(i)	Le verrouillage du marché	206
(ii)	Les effets de portefeuille	209
(iii)	La discipline tarifaire	210
(iv)	Les effets de débordement (« spill-over »)	211
3.	Les effets coordonnés	212

4. Conclusions intermédiaires	213
D. Conclusions intermédiaires	213
IV. Le lien de causalité	214
A. L'examen de concentrations simultanées	215
B. L'absence de concurrence avant la concentration	216
C. L'entreprise défaillante	217
D. Conclusions intermédiaires	220
V. Les facteurs de contrepoids	220
A. L'entrée de nouveaux concurrents	221
1. La probabilité d'une entrée sur le marché	222
2. Le délai d'entrée sur le marché	224
3. La suffisance de l'entrée sur le marché	224
B. La puissance d'achat compensatrice	225
C. Les gains d'efficacité	227
1. Les types de gains d'efficacité	227
2. Les conditions des gains d'efficacité	230
a. L'effet du gain d'efficacité sur les consommateurs	231
b. La vérifiabilité du gain d'efficacité	232
c. La relativité à l'opération de concentration	233
D. Conclusions intermédiaires	234
VI. Les mesures correctives	235
A. Remarques générales	235
B. Les mesures structurelles	236
1. La cession de l'activité à un acquéreur approprié	236
a. L'étendue de l'activité cédée	237
b. L'activité viable	238
c. Le cessionnaire approprié	238
d. Le règlement préalable et l'acquéreur initial	239
2. L'élimination de liens avec les concurrents	240
C. Les mesures comportementales	241
1. Remarques générales	242
2. L'abstention d'adopter un comportement anticoncurrentiel	242
3. L'octroi d'accès à des infrastructures clés	243
4. Les modifications de contrats d'exclusivité à long terme	244
5. La séparation de gestion des actifs des parties	244
D. Conclusions intermédiaires	245
VII. Une conclusion	245

Chapitre 5 : Le test matériel du contrôle des concentrations

en droit américain	247
I. Le test	247
A. La base légale	247
B. La définition	248
C. Les conditions	248
D. La mise en œuvre	250
E. En pratique	250
II. La détermination du marché pertinent	252
A. Remarques générales	252
B. Les tests de détermination du marché	254
1. La preuve d'une substitution dans un passé récent	255
2. Les tests quantitatifs	255
3. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs	259
C. Conclusions intermédiaires	260
III. Les effets anticoncurrentiels	260
A. Dans les concentrations horizontales	261
1. Remarques générales	261
2. Les effets non coordonnés	262
a. Remarques générales	262
b. Les critères du test	262
(i) La part de marché détenue par les parties à la concentration	263
(ii) Le degré de concentration du marché pertinent	264
(iii) La proximité concurrentielle des parties	268
(iv) La possibilité limitée de changer de fournisseur	273
(v) La difficulté des concurrents d'augmenter leur production	273
(vi) La capacité des parties de freiner l'expansion des concurrents	274
3. Les effets coordonnés	275
a. Remarques générales	275
b. Les critères du test	276
(i) La possibilité d'atteindre une coordination	276
(ii) La surveillance des comportements déviants ..	277
(iii) Les mécanismes de dissuasion	277
(iv) La réaction des outsiders	278

4. Conclusions intermédiaires	278
B. Dans les concentrations verticales	279
1. Remarques générales	279
2. Les effets non coordonnés	280
a. Remarques générales	280
b. Les critères du test	280
(i) Le verrouillage du marché et l'augmentation des coûts des concurrents	281
(ii) Les autres effets non coordonnés	284
3. Les effets coordonnés	285
4. Conclusions intermédiaires	286
C. Dans les concentrations congglomérales	286
1. Remarques générales	286
2. Les effets non coordonnés	287
a. Remarques générales	287
b. Les critères du test	287
(i) Le verrouillage du marché	287
(ii) La suppression de la concurrence potentielle ..	287
(iii) La discipline tarifaire	289
(iv) Les affaires réciproques	290
3. Les effets coordonnés	290
4. Conclusions intermédiaires	291
D. Conclusions intermédiaires	291
IV. Le lien de causalité	292
A. L'examen de concentrations simultanées	292
B. L'absence de concurrence avant la concentration	292
C. L'entreprise défaillante	293
D. Conclusions intermédiaires	294
V. Les facteurs de contrepoids	295
A. L'entrée de nouveaux concurrents	295
1. La probabilité d'une entrée sur le marché	296
2. Le délai d'entrée sur le marché	299
3. La suffisance de l'entrée sur le marché	299
B. La puissance d'achat compensatrice	300
C. Les gains d'efficacité	301
1. Les types de gains d'efficacité	301
a. Des économies d'échelle	301
b. La suppression de la double marginalisation	302
2. Les conditions des gains d'efficacité	303
a. L'effet du gain d'efficacité sur les consommateurs	303

b. La vérifiabilité du gain d'efficacité	304
c. La relativité à l'opération de concentration	304
3. Un développement législatif	305
D. Conclusions intermédiaires	305
VI. Les mesures correctives	306
A. Remarques générales	306
B. Les mesures structurelles	307
1. L'étendue de l'activité cédée	307
2. L'activité viable	307
3. Le cessionnaire approprié	309
4. Le règlement préalable et l'acquéreur initial	310
C. Les mesures non structurelles	311
D. Conclusions intermédiaires	314
VII. Une conclusion	314

**Troisième Partie : L'analyse comparée des contrôles
de la concentration et la proposition
d'une réforme**

317

Chapitre 6 : L'analyse comparée des tests

319

I. La démarche	319
A. Remarques générales	319
B. La comparaison par critères	320
C. L'analyse quantitative	320
D. L'analyse qualitative	321
II. La comparaison des tests de dominance, SIEC et SLC	322
A. Quelques distinctions	322
1. Les tests structurels et les tests basés sur les effets	322
2. La position dominante	323
3. Le degré de la preuve et le niveau de l'atteinte	324
4. Les tests des concentrations verticales, horizontales et conglomérales	325
5. Le taux d'intervention	325
B. La comparaison par critère	327
1. La détermination du marché des produits	327
2. Les effets anticoncurrentiels	328
a. Dans les concentrations horizontales	328
(i) Les parts de marché	328
(ii) Le degré de concentration du marché	329

(iii) La proximité concurrentielle des parties	330
(iv) La capacité financière	331
(v) L'évolution du marché	331
(vi) La difficulté des concurrents d'augmenter leur production	333
(vii) La capacité des parties de freiner l'expansion des concurrents	333
b. Dans les concentrations verticales	334
(i) Le verrouillage du marché	334
(ii) Les autres effets non coordonnés	334
c. Les effets coordonnés ou la dominance collective	335
3. Le lien de causalité	335
a. Les concentrations simultanées	336
b. L'absence de concurrence avant la concentration	336
c. L'entreprise défaillante	337
4. Les facteurs de contrepoids	338
a. Les gains d'efficacité	338
b. L'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché	339
c. La concurrence internationale	340
5. Les mesures correctives	340
C. Conclusions intermédiaires	341
III. Les conséquences sur les cas limites	343
A. La décision Fenaco/Steffen-Ris	343
B. La décision Galexis/Pharmapool	346
C. La décision AZ Medien/NZZ	348
D. Conclusions intermédiaires	350
IV. Une conclusion	351

Chapitre 7 : La réforme du droit suisse 353

I. La démarche	353
II. La nécessité d'une réforme	353
A. Remarques générales	353
B. Les insuffisances du droit suisse	355
1. Les caractéristiques fondamentales du test	356
a. Le test structurel	356
b. La position dominante qualifiée	357
2. Les lacunes du test	359
a. Les effets unilatéraux	359

b. Le verrouillage du marché	360
c. Le lien de causalité	361
d. Les gains d'efficacité	362
e. L'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché	363
f. La position des entreprises dans la concurrence internationale	364
C. Conclusions intermédiaires	365
III. Une proposition de réforme législative	366
A. Remarques générales	366
B. Les solutions envisageables	367
1. Remarques générales	367
2. La reprise du test SIEC	368
a. Les avantages de la reprise du test SIEC	368
b. Les inconvénients de la reprise du test SIEC	369
c. Conclusions intermédiaires	370
3. La reprise du test SLC	371
a. Les avantages de la reprise du test SLC	371
b. Les inconvénients de la reprise du test SLC	371
c. Conclusions intermédiaires	372
4. La modification du test de dominance	372
C. Une proposition législative	373
D. Conclusions intermédiaires	377
IV. Une conclusion	378
<hr/>	
Conclusion Générale - Les thèses	379
I. Les fondements	379
II. Le contrôle matériel des concentrations	380
III. L'analyse comparée des tests	381
<hr/>	
Annexe I : Table et statistiques des décisions de la Comco 1997-2019	383
<hr/>	
Annexe II : Statistiques de la Commission européenne 2004-2019 ...	401
<hr/>	
Annexe III : Statistiques des Agences américaines 1997-2019	402

Table des abréviations

3d Cir.	The United States Court of Appeals for the Third Circuit
a (+ abréviation)	— ancien (précise qu'il s'agit d'un texte abrogé, remplacé par un nouveau portant le même titre)
ABA	American Bar Association
Abs.	Absatz (al.)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (revue)
al.	alinéa
art.	article
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral suisse
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
BankG	Bankengesetz, Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, RS : 952.0
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar (commentaire bâlois)
c.	contre
CE	Communauté européenne (actuellement : UE)
CE	Conseil des Etats
CEE	Communauté économique européenne (depuis le 1er novembre 1993 : CE)
cf.	confer
CN	Conseil national
Comco	Commission de la concurrence
ComCom	Commission fédérale de la communication
consid.	Considérant
contra	De l'avis contraire
CoRe	Commission de recours
Cpv.	Capovento (al.)
CR	Commentaire Romand
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999, RS : 101
D. Del.	The United States District Court for the District of Delaware
D.D.C.	The United States District Court for the District of Columbia
DG	Direction générale
DOJ	Department of Justice
DPC	Droit et politique de la concurrence

E.D. Mo.	The United States District Court for the Eastern District of Missouri
Éd.	Édition
Édit.	Éditeurs
ég.	également
et al.	et alii
etc.	et caetera
F. Supp.	Federal Supplement
FF	Feuille fédérale
FINMA	Autorité fédérale de la surveillance des marchés financiers
FTC	Federal Trade Commission
FusG	Fusionsgesetz, cf. LFus
GUPPI	Gross Upward Pricing Pressure
H.R.	House of Representatives
i.f.	in fine
IHH	Indice de Herfindahl-Hirschman
in	dans
Inc.	Incorporated
JV	Joint-venture
KG	cf. LCart
Komm.	Kommentar
LCart	Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restriction à la concurrence, RS : 251
let.	lettre
LFus	Loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine, RS : 221.301
M.D. Pa.	The United States District Court for the Middle District of Pennsylvania
N	Numéro(s) marginal(aux)
N.D. Ill.	The United States District Court for the Northern District of Illinois
N.D. Ohio	The United States District Court for the Northern District of Ohio
n°	Numéro
not.	Notamment
OCCE	Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, RS : 251.4
p. ex.	par exemple
p.	page
para.	Paragraphe

pp.	Pages
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s.	et suivante
S.	Senate
S.Ct.	Supreme Court
Sect.	Section
SIEC	Significant Impediment to Effective Competition
SIWR	Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
SLC	Significant Lessening of Competition
ss.	et suivantes
TF	Tribunal fédéral
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code
UE	Union européenne
UPP	Upward Pricing Pressure
v.	versus
Vol.	Volume
W.D. Wis.	The United States District Court for the Western District of Wisconsin

Bibliographie

Ackermann Jürg-Beat / Schmid Niklaus (édit.), *Wirtschaft und Strafrecht : Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zurich 2001.

Adams Maurice / Husa Jaakko / Oderkerk Marieke (édit.), *Comparative Law Methodology*, 2 Vol., Vol. I, Cheltenham 2017.

ALFTER METTE, *Untersagungskriterien in der Fusionskontrolle – SLC-Test versus Marktbeherrschende Stellung ?*, in : *Wirtschaft und Wettbewerb* 012003, pp. 20-28 (cité : **METTE**, *Untersagungskriterien*).

Amato Giuliano / Ehlermann Claus-Dieter (édit.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007.

AMERICAN BAR ASSOCIATION SECTION OF ANTITRUST LAW

- *Presidential Transition Report : The State of Antitrust Enforcement 2012*, 2013 (cité : **AMERICAN BAR ASSOCIATION**, *Presidential Transition Report 2012*).
- *Presidential Transition Report : The State of Antitrust Enforcement, January 2017*, 2017 (cité : **AMERICAN BAR ASSOCIATION**, *Presidential Transition Report 2017*).

AMMANN ODILE, *International Law in Domestic Courts Through an Empirical Lens : the Swiss Federal Tribunal's Practice of International Law in Figures*, in : *Revue suisse de droit international et européen* RSDIE, Vol. 28 (2018), n° 4, pp. 489-516 (cité : **AMMANN**, *International Law*).

AMSTUTZ MARC, *Hic sunt leones : von kollektiver Marktbeherrschung und symbolischer Gesetzgebung im Coop/Waro-Entscheid der Wettbewerbskommission*, in : *Sic!* 9/2003, Zurich, pp. 673-684 (cité : **AMSTUTZ**, *Kollektiver Marktbeherrschung*).

AMSTUTZ MARC / CARRON BLAISE, *Commentaire de l'art 7 LCart*, in : Amstutz Marc / Reinert Mani (édit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : **BSK KG-AMSTUTZ/CARRON**).

Amstutz Marc / Reinert Mani (édit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : **BSK KG-AUTEUR**).

Arbeitsgruppe Evaluation KG (édit.), *Evaluation gemäss Art. 59a KG – Zusammenschlusskontrolle – Projektbericht P17*, Berne 2008 (cité : Arbeitsgruppe Evaluation KG).

AREEDA PHILIP E. / KAPLOW LOUIS / EDLIN AARON S., *Antitrust Analysis: Problems, texts, and cases*, 7^e éd., New York 2013 (cité : **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*).

AREEDA PHILLIP E. / HOVENKAMP HERBERT, *Antitrust Law, An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 14 Vol., Vol. IV, 4^e éd., New York 2013 (cité : **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*).

ASHENFELTER ORLEY C. / HOSKEN DANIEL, *The Effect of Mergers on Consumer Prices: Evidence from Five Mergers on the Enforcement Margin*, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 53, No. 3 (2010), pp. 417-466 (cité : **ASHENFELTER/HOSKEN**, *The Effect of Mergers*).

ASHENFELTER ORLEY C. / HOSKEN DANIEL / WEINBERG MATTHEW C., *Did Robert Bork Understate The Competitive Impact Of Mergers? Evidence From Consummated Mergers*, Cambridge 2014 (cité : **ASHENFELTER/HOSKEN/WEINBERG**, *Robert Bork*).

AUBERT JEAN-FRANÇOIS / MAHON PASCAL, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich/Bâle/Genève 2003 (cité : *Petit Commentaire Cst.-AUTEUR*).

BAILEY DAVID, *Competition Law and Policy in the EU*, in : Bailey David / Bellamy Christopher / Child Graham D. / John Laura Elizabeth (édit.), *European Union Law of Competition*, 8^e éd., Oxford 2018, pp. 1-86 (cité : **BAILEY**, *Competition Law*).

Bailey David / Bellamy Christopher / Child Graham D. / John Laura Elizabeth (édit.), *European Union Law of Competition*, 8^e éd., Oxford 2018.

Baker & McKenzie Zürich (édit.)

- *Fusionsgesetz Kommentar*, Bern 2015 (cité : **AUTEUR**, *Stämpflis Handkommentar FusG*).
- *Kartellsgesetz Kommentar*, Bern 2007 (cité : **AUTEUR**, *Stämpflis Handkommentar KG*).

BAKER JONATHAN B., *Market definition: an analytical overview*, in : *Antitrust Law Journal*, Vol. 74, No. 1 (2007), pp. 129-173 (cité : **BAKER**, *Market definition*).

BATTISTA JASMIN / BORTOLINI CATERINA, *Mergers*, in : Tosato Gian Luigi / Bellodi Leonardo (édit.), *EU Competition Law*, 8 vol., Vol. I : Procédure : Antitrust – Mergers – State Aid, 2^e éd., Deventer 2015, pp. 319-386 (cité : **BATTISTA/BORTOLINI**, *Mergers*).

Baudenbacher Carl (édit.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht : neuntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2002*, Bâle/Zurich/Genève 2002.

BEHRENS PETER, *Das Verhältnis von Marktbeherrschung und Wettbewerbsbeschränkung in der Fusionskontrolle*, in : *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 26 (2015), n° 7, Munich 2015, pp. 244-248 (cité : **BEHRENS**, *Marktbeherrschung*).

BELLIS JEAN-FRANÇOIS, *Droit européen de la concurrence*, 2^e éd., Bruxelles 2017 (cité : **BELLIS**, *Droit européen de la concurrence*).

BENGTTSSON CLAES / CARPI-BADIA JOSEP-MARIA / KADAR MASSIMILIANO, *Mergers*, in : Faull Jonathan/Nikpay Ali (édit.), *The EU Law of Competition*, 3^e éd., Oxford 2014, pp. 539-808 (cité : **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*).

BERGMAN MATS A. / COATE MALCOLM B. / JAKOBSSON MARIA / ULRICK SHAWN W., *Comparing Merger Policies in the European Union and the United States*, in : *Review of Industrial Organization*, 36 (2010), p. 305-331 (cité : **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, *Comparing Merger Policies*).

BERGMAN MATS A. / JAKOBSSON MARIA / RAZO CARLOS, *An Econometric Analysis of the European Commission's Merger Decisions*, in : *International Journal of Industrial Organization*, 23 (2005), pp. 717-737 (cité : **BERGMAN/JAKOBSSON/RAZO**, *An Econometric Analysis*).

BERGMAN MATS, *Potential Competition, Theory, Empirical Evidence and Legal Practice*, Konkurrensverkets, Stockholm 2002 (cité : **BERGMAN**, *Potential Competition*).

BISHOP SIMON / WALKER MIKE, *The Economics of EC Competition Law, Concepts, Application and Measurement*, 3^e éd., Londres 2010 (cité : **BISHOP/WALKER**, *The Economics of EC Competition Law*).

BORER JÜRG, *Vom Marktbeherrschungstest zum Test des «significant impediment to effective competition» ?* in : Zäch Roger (édit.), *Revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2006, p. 199 (cité : **BORER**, *Marktbeherrschungstest*).

BORK ROBERT H., *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, in : *The Journal of Law & Economics*, Vol. 9, Octobre 1966, pp. 7-48 (cité : **BORK**, *Legislative Intent*).

BOTTERON VALENTIN, *Transfert des rapports de travail, analyse des droits des travailleurs dans les transferts d'entreprises, en particulier dans les procédures de fusion et de scission d'entreprises ainsi que de transfert de patrimoine*, Mémoire, Neuchâtel 2013 (cité : **BOTTERON**, *Transfert des rapports de travail*).

BOUTAYEB CHAHIRA, *Droit matériel de l'Union européenne, liberté de mouvement, espace de concurrence et secteur public*, 5^e éd., Paris 2019 (cité : **BOUTAYEB**, *Droit matériel*).

BOYCEJOHN / LYLE-SMYTHE ANNA, *Merger Control*, in : Bailey David / Bellamy Christopher / Child Graham D. / John Laura Elizabeth (édit.), *European Union Law of Competition*, 8^e éd., Oxford 2018, pp. 594-771 (cité : **BOYCE/ LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*).

BRADFORD ANU

- *The Brussels Effect*, in : Northwestern University Law Review, Vol. 107, No. 1, 2012 (cité : **BRADFORD**, *The Brussels Effect*).
- *The Brussels Effect*, New York 2020 (cité : **BRADFORD**, *The Brussels Effect* 2020).

BRADFORD ANU / JACKSON ROBERT J. / ZYTNIK JONATHAN, *Is E.U. Merger Control Used for Protectionism? An Empirical Analysis*, in : Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 15, n° 1 mars 2018, pp. 165-191 (cité : **BRADFORD/ JACKSON/ZYTNIK**, *Empirical Analysis*).

BREI GERALD, *Das Grünbuch zur europäischen Fusionskontrollverordnung*, in : Sic! 3/2002, Zurich, pp. 188-194 (cité : **BREI**, *Grünbuch*).

BRODER DOUGLAS, *US Antitrust Law and Enforcement, A Practice Introduction*, 3^e éd., Oxford 2016 (cité : **BRODER**, *Enforcement*).

BRÜTSCH RAPHAEL, *Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts*, Thèse Berne, 2003 (cité : **BRÜTSCH**, *Parallelverhalten*).

BUNDESKARTELLAMT

- *Konglomerate Zusammenschlüsse in des Fusionskontrolle, Bestandsaufnahme und Ausblick*, Bonn 2006 (cité : **BUNDESKARTEKLLAMT**, *Konglomerate Zusammenschlüsse*).
- *Marktbeherrschungs- und SIEC-Test, Eine Bestandsaufnahme*, Bonn 2009 (cité : **BUNDESKARTELLAMT**, *Marktbeherrschung*).

BURNLEY RICHARD, *Conglomerate Mergers, A Comparison of the EU and US Approaches*, in : Amato Giuliano / Ehlermann Claus-Dieter (édit.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007, pp. 495-518 (cité : **BURNLEY**, *Comparison*).

BUTTIGIEG EUGÈNE, *Competition Law: Safeguarding the Consumer Interest, A Comparative Analysis of US Antitrust Law and EC Competition Law*, Alphen-sur-le-Rhin 2009 (cité : **BUTTIGIEG**, *Consumer Interest*).

Cane Peter / Kritzer Herbert M. (édit.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford 2010.

CARRON BLAISE, *Les transactions couplées en droit de la concurrence : analyse économique et juridique comparée. Droit américain (tying arrangements : sct. 1 Sherman Act), droit communautaire (ventes liées : art. 81 et 82 TCE) et droit suisse (affaires liées : art. 7 LCart)*, thèse Fribourg, Fribourg 2004 (cité : **CARRON**, *Transactions couplées*).

CHURCH JEFFREY, *The Impact of Vertical and Conglomerate Mergers on Competition, Final Report for Directorate General for Competition, European Commission*, Calgary 2004 (cité : **CHURCH**, *Impact*).

CLERC EVELYNE / KËLLEZI PRANVERA, *Commentaire de l'art. 4 al. 2 LCart*, in : Martenet Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (édit.), *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**).

COATE MALCOLM B.

- *A Test of Political Control of the Bureaucracy: The Case of Mergers*, in : Economics and Politics, 14 (2002), pp. 1-18 (cité : **COATE**, *A Test of Political Control of the Bureaucracy*).
- *An Overview of Transparency at the Federal Trade Commission: Generalities and Innovations in Merger Analysis – Updated Some More*, Washington 2009 (cité : **COATE**, *Overview*).
- *The Shifting Sands of Merger Enforcement at the Federal Trade Commission*, in : International Journal of the Economics of Business, 2 (1995), pp. 393-407 (cité : **COATE**, *The Shifting Sands*).

COATE MALCOLM B. / HIGGINS RICHARD S. / MC CHESNEY FRED S., *Bureaucracy and Politics in FTC Merger Challenges*, in : Journal of Law and Economics, 33 (1990), pp. 462-482 (cité : **COATE/HIGGINS/MCCHESNEY**, *Bureaucracy and Politics*).

COMMISSION DE LA CONCURRENCE, *Note explicative et formulaire de la Commission de la concurrence, Notification d'une concentration*, Berne 2014 (cité : **COMCO**, *Formulaire concentration*).

CONSEIL FÉDÉRAL

- *Message du Conseil fédéral à l'appui d'une loi fédérale sur les cartels et organisations analogues (LCart)*, FF 1981 1244, Berne 1981 (cité : *Message LCart 1981*).
- *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues*, FF 1961 549, Berne 1961 (cité : *Message LCart 1961*).
- *Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence (Loi sur les cartels, LCart)*, FF 1994 472, Berne 1994 (cité : *Message LCart 1994*).
- *Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels*, FF 2002 1911, Berne 2001 (cité : *Message LCart 2001*).
- *Message du Conseil fédéral relatif à la révision de la loi sur les cartels et à une loi sur l'organisation de l'autorité de la concurrence*, FF 2012 3631, Berne 2012 (cité : *Message LCart 2012*).
- *Rapport fondé sur l'art. 59a de la loi sur les cartels concernant l'évaluation de la loi sur les cartels et propositions concernant la suite à donner au dossier*, Berne 2009 (cité : *Rapport LCart*).

COOK JOHN / KERSE CHRISTOPHER, *EC Merger Control*, 5^e éd., Londres 2009 (cité : **COOK/KERSE**, *Merger Control*).

Cottier Thomas / Oesch Matthias (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, 15 vol, Vol. XI : Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3^e éd., Bâle 2020.

CRANE DANIEL A., *Antitrust*, New York 2014 (cité : **CRANE**, *Antitrust*).

DASKALOVA VICTORIA, *Consumer Welfare in EU Competition Law: What Is It (Not) About ?*, in : *The Competition Law Review*, Volume 11, 1, Juillet 2015, pp. 133-162 (cité : **DASKALOVA**, *Consumer Welfare*).

DE CRUZ PETER, *Comparative Law in a Changing World*, 3^e éd., Liverpool 2007 (cité : **DE CRUZ**, *Comparative Law*).

DE LA MANO MIGUEL, *Coordinated Effects*, Bruxelles 2006 (cité : **DE LA MANO**, *Coordinated Effects*).

DELRAHIM MAKAN, *It Takes Two : Modernizing the Merger Review Process*, Washington 2018 (cité : **DELRAHIM**, *It Takes Two*).

DEPARTMENT OF JUSTICE / FEDERAL TRADE COMMISSION, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines 2006*, 2006 (cité : DOJ/FTC, *Commentary 2006*).

DRAUZ GÖTZ, *Overview*, in : Drauz Götz / Jones Christopher (édit.), *EU Competition Law*, 8 vol., Vol. II, 2 livres, livre 1 : *Mergers and Acquisitions*, 2^e éd., Deventer 2012, pp. 1-12 (cité : **DRAUZ**, *Overview*).

Drauz Götz / Jones Christopher (édit.), *EU Competition Law*, 8 vol., Vol. II, 2 livres, livre 1 : *Mergers and Acquisitions*, 2^e éd., Deventer 2012.

DROLSHAMMER JENS, *Wettbewerbsrecht – Competition Law – Droit de la Concurrence, vom alten (KG 85) zum neuen Recht (KG 95)*, Berne 1997 (cité : **DROLSHAMMER**, *Wettbewerbsrecht*).

DUCREY PATRIK

- *Besondere Fragen zur Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen im revidierten KG*, in : AJP/PJA 7/1996, p. 918 ss (cité : **DUCREY**, *Besondere Fragen*).
- *Beziehungen zwischen Fusionsgesetz und Kartellrecht*, RSDA 3/2004, pp. 281-285 (cité : **DUCREY**, *Fusionsgesetz*).
- *Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen*, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Vol. V/2, Bâle 2000 (cité : **DUCREY**, *SIWR*).

DUCREY PATRIK / DROLSHAMMER JENS, *Commentaire de l'art. 10 LCart*, in : Homburger Eric / Schmidhauser Bruno / Hoffet Franz / Ducrey Patrik (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1996 (cité : **DUCREY/DROLSHAMMER**, *Komm. KG*).

DUCREY PATRIK / ZURKINDEN PHILIPP E. / LAUTERBURG BERNHARD, *Das schweizerische Kartellrecht*, in : Cottier Thomas / Oesch Matthias (édit.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, 15 vol, Vol. XI : Allgemeines Ausenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, 3^e éd., Bâle 2020, pp. 685- 871 (cité : **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*).

EZRACHI ARIEL, *EU competition law*, 6^e éd., Oxford 2018 (cité : **EZRACHI**, *EU Competition Law*).

FARRELL JOSEPH / SHAPIRO CARL

- *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers : An Economic Alternative to Market Definition*, in : *The B.E. Journal of Theoretical Economics : Policies and Perspectives*, Vol. 10 (2010), Article 9 (cité : **FARRELL/SHAPIRO**, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers*).
- *Upward Pricing Pressure and Critical Loss Analysis : Response*, in : *The Competition Policy International Antitrust Journal*, février 2010 (cité : **FARRELL/SHAPIRO**, *Upward Pricing Pressure*).

Faull Jonathan / Nikpay Ali (édit.), *The EU Law of Competition*, 3^e éd., Oxford 2014.

FEDERAL TRADE COMMISSION

- *Negotiating Merger Remedies : Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission*, Washington 2012 (cité : **FTC**, *Negotiating Merger Remedies*).
- *The FTC's Merger Remedies 2006-2012 : A Report of the Bureaus of Competition and Economics*, Washington 2017 (cité : **FTC**, *Merger Remedies 2006-2012*).

FRIEDERISZICK HANS W. / NITSCHKE RAINER / VAN DIJK THEON / VEROUDEN VINCENT, *Recent Economic Applications in EU Merger Control : UPP and Beyond*, in : *GettingTheDealThrough.com*, 6 septembre 2017 (cité : **FRIEDERISZICK/NITSCHKE/VAN DIJK/VEROUDEN**, *Economic Applications*).

GANZ ELIANE

- *Die Beurteilung von Fusionen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht*, Zurich/Bale/Genève 2004 (cité : **GANZ**, *Beurteilung*).
- *Kollektive Marktbeherrschung Im Spannungsfeld koordinierter und unilateraler Effekte von Zusammenschlüssen im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsrecht*, in : *Jusletter* 21.2.2005 (cité : **GANZ**, *Kollektive Marktbeherrschung*).

GERBER DAVID J.

- *Comparative Competition Law*, in : Reimann Mathias / Zimmermann Reinhard (édit.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford 2019 (cité : **GERBER**, *Comparative Competition Law*).
- *Comparative Law and Global Regulatory Convergence*, in : Adams Maurice / Bomhoff Jacco (édit.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge 2012 (cité : **GERBER**, *Comparative Law and Global Regulatory Convergence*).

GEROSKI PAUL A., *What Do We Know About Entry?*, in : International Journal of Industrial Organization 1N13 (1995), pp. 421-440 (cité : **GEROSKI**, *What Do We Know About Entry?*).

GINSBURG DOUGLAS H., *Bork's "Legislative Intent" and the Courts*, Antitrust Law Journal, Vol. 79, No. 3, pp. 941-951, 2014 (cité : **GINSBURG**, *Bork's Legislative Intent*).

GIRARDET FLORENS, *Internationales Fusionskontrollrecht - Konflikt und Konvergenz : eine Untersuchung mit Schwerpunkt auf dem Europäischen und US-amerikanischen Fusionskontrollrecht anhand der Zusammenschlussvorhaben Boeing/MDD und GE/Honeywell*, Thèse Lausanne, Francfort-sur-le-Main 2006 (cité : **GIRARDET**, *Fusionskontrollrecht*).

GORE DANIEL / LEWIS STEPHEN / LOFARO ANDREA / DETHMERS FRANCES, *The Economic Assessment of Mergers under European Competition Law*, Cambridge 2015 (cité : **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*).

GRABER ANDREA / LANGENEGGER MARKUS, *Fusionskontrolle im Schweizer Detailhandel :  konomische Aspekte der Verfahren Migros/Denner und Coop/Carrefour*, in : Sic! 6/2009, Zurich, pp. 387-406 (cité : **GRABER/LANGENEGGER**, *Fusionskontrolle*).

Harty Ronan P. / Kiratzis Nathan ( dit.), *Merger Remedies Guide*, 2   d., Londres 2019.

HEINEMANN ANDREAS / KELLERHALS ANDREAS, *Wettbewerbsrecht in a nutshell*, 2   d., Zurich 2017 (cité : **HEINEMANN/KELLERHALS**, *Wettbewerbsrecht*).

HEIZMANN RETO ANDREAS / TOGNI LORENZO DOMENICO

- *Kartellgesetzrevision : eine kritische Würdigung der Vorschläge des Bundesrates zur Zusammenschlusskontrolle*, in : AJP/PJA 12/2010, pp. 1592-1602 (cité : **HEIZMANN/TOGNI**, *Kartellgesetzrevision*).
- *Neuregelung der Zusammenschlusskontrolle*, in : Zäch Roger / Weber Rolf H. / Heinemann Andreas ( dit.), *Revision des Kartellgesetzes : Kritische W rdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich 2012, pp. 105-135 (cité : **HEIZMANN/TOGNI**, *Neuregelung*).

HILDEBRAND DORIS

- *Economic Analyses of Vertical Agreements – A Self-Assessment*, La Haye 2005 (cité : **HILDEBRAND**, *Vertical Agreements*).
- *The Role of Economic Analysis in EU Competition Law*, *The European School*, 4   d., Alphen-sur-le-Rhin 2016 (cité : **HILDEBRAND**, *Economic Analysis*).

Hirsch Günter / Montag Frank / S cker Franz Jürgen ( dit.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary*, 2008.

HOEHN THOMAS / ZURKINDEN PHILIPP E., *Bedingungen und Auflagen im schweizerischen und europäischen Fusionskontrollverfahren*, in : *Revue de l'avocat* : publications de la Fédération suisse des avocats, 04/2009, pp. 167-169 (cité : **HOEHN/ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*).

HOFFET FRANZ

- *Unternehmenskonzentration*, in : Geiser Thomas / Krauskopf Patrick / M nch Peter ( dit.), *Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht*, B le/Zurich/Genève 2005 (cité : **HOFFET**, *Unternehmenskonzentration*).
- *Unternehmenszusammenschlüsse: materielles Fusionskontrollrecht*, Art. 9-10 KG, in : Z ch Roger ( dit.), *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000, pp. 45-73 (cité : **HOFFET**, *Unternehmenszusammenschl sse*).

Homburger Eric / Schmidhauser Bruno / Hoffet Franz / Ducrey Patrik ( dit.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1997 (cité : **AUTEUR**, *Komm. KG*).

HOVENKAMP HERBERT

- *Antitrust's Protected Classes*, *Michigan Law Review*, Vol. 88, n  1, Octobre 1989, pp. 1-48 (cité : **HOVENKAMP**, *Antitrust's Protected Classes*).
- *Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust*, Working Paper, University of Pennsylvania, 2011 (cité : **HOVENKAMP**, *Distributive Justice*).
- *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5   d., Iowa City 2016 (cité : **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*).
- *Principles of Antitrust*, Philadelphia 2017.

ICN MERGER WORKING GROUP

- *Merger Guidelines Workbook*, 2006 (cité : ICN, *Merger Guidelines Workbook*).
- *Recommended Practices for Merger Analysis*, 2002-2018 (cité : ICN, *Recommended Practices*).

Ilzkovitz Fabienne / Meiklejohn Roderick (édit.), *European Merger Control, Do We Need an Efficiency Defence ?*, Cheltenham 2006.

ILZKOVITZ FABIENNE / MEIKLEJOHN RODERICK, *European Merger Control: Do We Need an Efficiency Defence ?*, in : *Journal of Industry, Competition and Trade*, 3:1/2, 2003, p. 57-85 (cité : **ILZKOVITZ/MEIKLEJOHN**, *Efficiency Defence*).

IMMENGA ULRICH, *Materiellrechtliche Unterschiede des Schweizer und EU-Kartellrechts am Beispiel der Fusionskontrolle*, in : Weber Rolf H. / Zäch Roger (  dit.), *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext: Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch*, Berne 2009, pp. 75-98 (cité : **IMMENGA**, *Materiellrechtliche*).

IVALDI MARC / JULLIEN BRUNO / REY PATRICK / SEABRIGHT PAUL / TIROLE JEAN, *The Economics of Horizontal Mergers: Unilateral and Coordinated Effects, Report for DG Competition, European Commission*, Toulouse 2003 (cité : **IVALDI et al.**, *The Economics of Horizontal Mergers*).

JAAG CHRISTIAN / RUTZ SAMUEL / JACOB NO  MI, *Einführung des SIEC-Tests, Auswirkungen auf die Schweizer Fusionskontrolle*, Zurich 2017 (cité : **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*).

JONES ALISON / SUFRIN BRENDA / DUNNE NIAMH, *EU Competition Law, Text, Cases, and Materials*, 7     d., Oxford 2019 (Cité : **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*).

KARAG  K YAVUZ / RUTZ SAMUEL, *Towards Optimal Merger Notification Regimes: Evidence from Switzerland*, in : *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 2, 2/2014, pp. 451-483 (cité : **KARAG  K/RUTZ**, *Optimal Merger*).

KAUFHOLD TIM, *Das Eingreifkriterium in der europäischen Fusionskontrolle, der SIEC-Test im Abgrenzung zum Marktbeherrschungs- und SLC-Test*, Thèse Lausanne 2007 (cité : **KAUFHOLD**, *Das Eingreifkriterium*).

KËLLEZI PRANVERA, *Les mesures correctives dans les cas de concentrations d'entreprises et d'abus de position dominante*, Berne 2010 (cité : **KËLLEZI**, *Mesures correctives*).

KILLICK JAMES / SCHULZ AXEL, *Horizontal and Vertical Mergers, Horizontal and Vertical Mergers in the Reformed EC Merger Control*, in : Amato Giuliano / Ehlermann Claus-Dieter (  dit.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007, pp. 435-494 (cité : **KILLICK/SCHULZ**, *Horizontal and Vertical*).

- KLEY ANDREAS**, *Commentaire Intro. de l'art. 1 LCart* in : Zäch Roger et alii (édit.), *KG Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*, Zurich/St-Gall 2018 (cité : **KLEY, DIKE-KG**).
- KOKKORIS IOANNIS**, *Merger Control, Substantive Issues*, in : Lianos Ioannis / Geradin Damien (édit.), *Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects*, Cheltenham 2013, pp. 516-560 (cité : **KOKKORIS, Substantive Issues**).
- KOKKORIS IOANNIS / SHELANSKI HOWARD**, *EU Merger Control, A Legal and Economic Analysis*, Oxford 2014 (cité : **KOKKORIS/SHELANSKI, EU Merger Control**).
- KORAH VALENTINE**, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9^e éd., Oxford 2007 (cité : **KORAH, Guide**).
- KRAUSKOPF PATRICK L. / KAUFMANN OLIVIER**, *Das System der Rechtfertigungsgründe im Kartellrecht : Einwendungen in der Fusionskontrolle*, in : Sic! 1/2015, Zurich, pp. 15-20 (cité : **KRAUSKOPF/KAUFMANN, Rechtfertigungsgründe**).
- KRAUSKOPF PATRICK L. / SCHALLER OLIVIER**, *Commentaire de l'art 5 LCart*, in : Amstutz Marc / Reinert Mani (édit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : **BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER**).
- KRONENBERG OLIVER P.**, *US-amerikanisches Fusionskontrollverfahren : unter Berücksichtigung der Differenzen zu EU und Schweizer Recht*, Thèse Bâle 2000, Zurich 2001 (cité : **KRONENBERG, Fusionskontrollverfahren**).
- Kunz Peter V. / Herren Dorothea / Cottier Thomas / Matteotti René (édit.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren*, Bâle 2009.
- KÜNZLER ADRIAN / ZÄCH ROGER**, *Revision der schweizerischen Fusionskontrolle : Einführung eines Konsumentenwohlfahrtsstandards?*, in : AJP/PJA 5/2013, pp. 754-764 (cité : **KÜNZLER/ZÄCH, Konsumentenwohlfahrtsstandards**).
- KWOKA JOHN E.**, *Does Merger Control Work? A Retrospective On U.S. Enforcement Actions And Merger Outcomes*, in : Antitrust Law Journal, Vol. 78, No. 3 (2013), pp. 619-650 (cité : **KWOKA, Does Merger Control Work?**).
- LEHNE JENS**, *Commentaire de l'art. 1 LCart*, in : Amstutz Marc/Reinert Mani (édit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : **BSK KG-LEHNE**).

LIANOS IOANNIS, *Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law*, in : Lianos Ioannis / Geradin Damien (édit.), *Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects*, Cheltenham 2013, pp. 1-84 (cité : **LIANOS**, *Reflections*).

Lianos Ioannis / Geradin Damien (édit.), *Handbook on European Competition Law, Substantive Aspects*, Cheltenham 2013.

LIANOS IOANNIS / KORAH VALENTINE / SICILIANI PAOLO, *Competition Law, Analysis, Cases, & Materials*, Oxford 2019 (cité : **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*).

LINDSAY ALISTAIR / BERRIDGE ALISON, *The EU Merger Regulation : Substantive Issues*, 5^e éd., Londres 2017 (cité : **LINDSAY/BERRIDGE**, *EU Merger Regulation*).

LORENZ MORITZ, *An Introduction to EU Competition Law*, Cambridge 2013 (cité : **LORENZ**, *An Introduction*).

MAHAN CARRIE C. / HAYES NATALIE M., *Non-Structural Remedies*, in : Harty Ronan P. / Kiratzis Nathan (édit.), *Merger Remedies Guide*, 2^e éd., Londres 2019, pp. 58-69 (cité : **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*).

MARBACH EUGEN / DUCREY PATRIK / WILD GREGOR, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 4^e éd., Berne 2017 (cité : **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*).

MARQUES BEATRIZ, *The Google Shopping Decision*, in : Concurrences, n° 2-2018, pp. 35-37 (cité : **MARQUES**, *The Google Shopping Decision*).

MARTENET VINCENT

- IV. *Medien/L'entreprise ou la division défaillante et le contrôle des concentrations*, in : Sethe Rolf / Heineman Andreas / Hilty Reto M. / Nobel Peter / Zäch Roger (édit.), *Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag*, Berne 2011, p. 701-717 (cité : **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*).
- *Le droit d'être entendu devant les autorités de la concurrence*, in : Kunz Peter V. / Herren Dorothea / Cottier Thomas / Matteotti René (édit.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von Büren*, Bâle 2009, pp. 551-571 (cité : **MARTENET**, *Le droit d'être entendu*).

Martenet Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (édit.), *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : **CR Concurrence-AUTEUR**).

MARTENET VINCENT / HEINEMANN ANDREAS, *Droit de la concurrence*, Lausanne/Zurich 2012 (cité : **MARTENET/HEINEMANN**, *Concurrence*).

MARTENET VINCENT / HOLZMÜLLER FRANCA, *Fusionskontrolle*, in : Tschäni Rudolf (  dit.), *Mergers & Acquisitions XV*, Zurich/Bâle/Genève, 2013, p. 183 ss (cité : **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*).

MARTENET VINCENT / TERCIER PIERRE, *Commentaire de l'art. 1 LCart*, in : Martenet Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (  dit.), *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2     d., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**).

MARTY FRÉDÉRIC

- *Is the Consumer Welfare Obsolete ? A European Union Competition Law Perspective*, GREDEG Working Paper No. 2020-13 (cité : Marty, Consumer Welfare).
- *Le critère du bien-être du consommateur comme objectif exclusif de la politique de concurrence. Une mise en perspective sur la base de l'histoire de l'antitrust américain*, *Revue internationale de droit économique*, 2014/4, tome XXVIII, pp. 471-497 (cité : **MARTY**, *Bien-être du consommateur*).

MCCLOUGHAN PAT, *Submission to the Directorate-General for Competition (DG COMP) regarding a Proposed Transaction in the Irish Meat Processing Sector. M.7930 – ABP Group/Fane Valley Group/Slaney Foods*, Dublin 2016 (cité : **MCCLOUGHAN**, *Submission*).

MEINHARDT MARCEL, *Sanierungen und Fusionskontrolle – Ausgewählte Fragen zur Fusionskontrolle bei Sanierungstatbest  nden*, in : Tschäni Rudolf (  dit.), *Mergers & Acquisitions V*, Zurich/B  le/Genève 2003, p. 113 ss (cité : **MEINHARDT**, *Sanierungen*).

MEINHARDT MARCEL / BISCHOF JUDITH, *Zusammenschlussverbot Oorange/Sunrise – Fehl- oder Leitentscheid der schweizerischen Wettbewerbskommission ?*, in : *Wirtschaft und Wettbewerb : Zeitschrift für deutsches und europäisches Wettbewerbsrecht* : WuW 11/2011 (cité : **MEINHARDT/BISCHOF**, *Zusammenschlussverbot*).

MEINHARDT MARCEL / WASER ASTRID / BISCHOF JUDITH, *Commentaire de l'art. 10 LCart*, in : Amstutz Marc / Reinert Mani (  dit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**).

MERCIER PIERRE / MACH OLIVIER / GILLIÉRON HUBERT / AFFOLTER SIMON, *Grands principes du droit de la concurrence, Droit communautaire, Droit suisse*, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles 1999 (cité : **MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER**, *Grands principes*).

MERKT BENOÎT, *Affichage Holding – JC Decaux : introduction d'un contrôle des participations minoritaires en droit suisse de la concurrence?*, in : *AJP/PJA* 4/2002, pp. 414-422 (cité : **MERKT**, *Affichage*).

METZLAFF KARSTEN / STAUBER PETER, *Merger Control* in : VerLoren van Themaat Weijer / Reuder Berend (édit.), *European Competition Law, A Case Commentary*, 2^e éd., Amsterdam 2018 (cité : **METZLAFF/STAUBER**, *Merger Control*).

Meyer-Marsilius Hans-Joachim / Schluep Walter R. / Stauffacher Werner (édit.), *Beziehungen Schweiz – EG, Abkommen, Gesetze und Richtlinien, Kommentare*, 7 Vol., Vol. 5, Zurich.

MONTAG FRANK / VON BONIN ANDREAS

- *Article 2 Appraisal of concentrations*, in : Hirsch Günter / Montag Frank / Säcker Franz Jürgen (édit.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure, Article-by-Article Commentary*, 2008, pp. 1963-2122 (cité : **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*).
- *Kollektive Marktbeherrschung nach Art. 82 EG und der Fusionskontrollverordnung*, in : Baudenbacher Carl (édit.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht : neuntes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2002*, Bâle/Zurich/Genève 2002, pp. 335-359 (cité : **MONTAG/VON BONIN**, *Kollektive*).

MONTI GIORGIO, *Merger Defences, Efficiencies, Failing Firms and Industrial Policy*, in : Amato Giuliano/Ehlermann Claus-Dieter (édit.), *EC Competition Law, A critical Assessment*, Rome/Bruxelles 2007, pp. 519-550 (cité : **MONTI**, *Merger Defences*).

MOOR PIERRE, *Pour une théorie micropolitique du droit*, Lausanne 2005 (cité : **MOOR**, *Théorie micropolitique*).

MOOR PIERRE / FLÜCKIGER ALEXANDRE / MARTENET VINCENT, *Droit administratif*, 2 Vol, Volume I : Les fondements, 3^e éd., Berne 2012 (cité : **MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET**, *Droit administratif*).

MORESI SERGE, *The Use of Upward Price Pressure Indices in Merger Analysis*, in : *The Antitrust Source*, Février 2010 (cité : **MORESI**, *Upward Price Pressure*).

MOSSO CARLES ESTEVA

- *Innovation in Merger Control*, Bruxelles 2018 (cité : **MOSSO**, *Innovation*).
- *Merger Enforcement : Getting The Priorities Right*, Bruxelles 2017 (cité : **MOSSO**, *Merger Enforcement*).

Müller-Chen Markus / Müller Christoph / Widmer Lüchinger Corinne (édit.), *Comparative Private Law*, St-Gall/Neuchâtel/Bâle 2015 (cité : **AUTEUR**, *Comparative Private Law*).

NEFF KLAUS, *Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren*, in : Jusletter 9 octobre 2006 (cité : **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*).

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), DIRECTORATE FOR FINANCIAL AND ENTERPRISE AFFAIRS

- *Roundtable on the Standard for Merger Review, with a Particular Emphasis on Country Experience with the Change of Merger Review Standard from the Dominance Test to the SLC/SIEC Test*, 2009 (cité : OCDE, *Change of Merger Review*).
- *Vertical Mergers*, 2007 (cité : OCDE, *Vertical Mergers*).

PEEPERKORN LUC / VEROUDEN VINCENT, *The Economics of Competition*, in : Faull Jonathan / Nikpay Ali (édit.), *The EU Law of Competition*, 3^e éd., Oxford 2014, pp. 3-90 (cité : **PEEPERKORN/VEROUDEN**, *Economics*).

PRÜMMER FELIX

- *Commentaire de l'art 10 LCart* in : Zäch Roger et alii (édit.), *KG Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar*, Zurich/St-Gall 2018 (cité : **PRÜMMER, DIKE-KG**).
- *Das Verhältnismässigkeitsprinzip in der Fusionskontrolle*, in : Zäch Roger (édit.), *Schweizerisches Kartellrecht : an Wendepunkten ?*, Zurich 2009, pp. 83-103 (cité : **PRÜMMER**, *Verhältnismässigkeitsprinzip*).
- *Was ist der nötige Standard für ein Verbot in der europäischen Fusionskontrolle?: das Ryanair-Urteil (T-342/07)*, in : *Annuaire suisse de droit européen* 2010/2011 Berne, pp. 403-412 (cité : **PRÜMMER**, *Nötige Standard*).

RAASS ADRIAN, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich – Kritik an der Kritik*, in : *sic!* 6/1999, p. 669 ss (cité : **RAASS**, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich*).

REICH PHILIPPE M., *Commentaire de l'art. 10 LCart* in : Baker & McKenzie Zürich (édit.), *Kartellsgesetz Kommentar*, Berne 2007 (cité : **REICH**, *Stämpfli Handkommentar KG*).

Reimann Mathias / Zimmermann Reinhard (édit.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2^e éd., Oxford 2019.

REINERT MANI, *Commentaire de l'art. 4 al. 3 LCart*, in : Amstutz Marc / Reinert Mani (édit.), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, Fribourg/Zurich 2009 (cité : **BSK KG-REINERT**).

REYNA AUGUSTÍN, *The Shaping of a European Consumer Welfare Standard for the Digital Age*, in : Journal of European Competition Law & Practice, 2019 (cité : **REYNA**, *European Consumer Welfare*).

RISKE OLIVIER, *Guidelines for Writing a Paper in Comparative Private Law*, in : Müller-Chen Markus / Müller Christoph / Widmer Lüchinger Corinne (édit.), *Comparative Private Law*, St-Gall/Neuchâtel/Bâle 2015, p. 425 ss (cité : **RISKE**, *Comparative Private Law*).

RÖLLER LARS-HENDRIK / STENNEK JOHAN / VERBOVEN FRANK, *Efficiency Gains From Mergers*, in : Ilzkovitz Fabienne / Meiklejohn Roderick (édit.), *European Merger Control, Do We Need an Efficiency Defence ?*, Cheltenham 2006 (cité : **RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN**, *Efficiency Gains From Mergers*).

ROSENTHAL MICHAEL / THOMAS STEFAN, *European Merger Control*, Munich 2010 (cité : **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*).

RULE CHARLES F. / FORMAN ANDREW J. / JHOWLEY DANIEL J., *Structural Remedies*, in : Harty Ronan P. / Kiratzis Nathan (édit.), *Merger Remedies Guide*, 2^e éd., Londres 2019, pp. 49-57 (cité : **RULE/FORMAN/HOWLEY**, *Structural Remedies*).

SAGERS CHRISTOPHER L., *Antitrust, Examples & Explanations*, 2^e éd., New York 2014 (cité : **SAGERS**, *Antitrust*).

SALESNY PETRA, *Die Wettbewerbsrechtskonzepte der Europäischen Gemeinschaft und der Vereinigten Staaten von Amerika unter besonderer Berücksichtigung der Fusionskontrolle*, Thèse d'inauguration Bâle 1999 (cité : **SALESNY**, *Wettbewerbsrechtskonzepte*).

SALOP STEVEN C., *Invigorating Vertical Merger Enforcement*, Washington 2017 (cité : **SALOP**, *Invigorating Vertical Merger Enforcement*).

SALOP STEVEN C. / MORESI SERGE, *Updating the Merger Guidelines: Comments*, Washington 2009 (cité : **SALOP/MORESI**, *Updating*).

SANTA MARIA ALBERTO, *European Economic Law*, 4^e éd., Milan 2018 (cité : **SANTA MARIA**, *European Economic Law*).

SCHALLER OLIVIER / KRAUSKOPF PATRICK L., *La crise financière à la lorgnette du droit européen et suisse de la concurrence*, in : *Annuaire suisse de droit européen* 2010/2011 Berne, pp. 413-443 (cité : **SCHALLER/KRAUSKOPF**, *Crise financière*).

SCHERRER FRANKZ, *Fusionskontrolle nach revidiertem Kartellgesetz, erste Fälle und offene Fragen*, in: AJP/PJA 1997, pp. 1381-1398 (cité : **SCHERRER**, *Fusionskontrolle*).

SCHMIDHAUSER BRUNO, *Commentaire de l'art. 4*, in : Homburger Eric / Schmidhauser Bruno / Hoffet Franz/Ducrey Patrik (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1996 (cité : **SCHMIDHAUSER**, *Komm. KG*).

SCHMIDT JENS PETER / SIMON ISABEL, *Das Windhundprinzip in der Fusionskontrolle : zur unterschiedlichen Prüfung paralleler Zusammenschlüsse in der EU und in den USA*, in : *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 24 (2013), n° 6, Munich, pp. 213-218 (cité : **SCHMIDT/SIMON**, *Das Windhundprinzip*).

SCHUMPETER JOSEPH A., *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 3^e éd., Londres 1950 (cité : **SCHUMPETER**, *Capitalism*).

SCHWALBE ULRICH / ZIMMER DANIEL, *Law And Economics In European Merger Control*, Oxford 2009 (cité : **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*).

SERVICES DE LA COMMISSION

- *Document de travail des services de la Commission accompagnant le document : Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité Économique et Social européen et au Comité des Régions, Rapport sur la politique de concurrence 2018*, Bruxelles 2019 (cité : **SERVICES DE LA COMMISSION**, *Document de travail 2018*).
- *Document de travail des services de la Commission accompagnant le Rapport de la Commission sur la politique de la concurrence 2011*, Bruxelles 2012 (cité : **SERVICES DE LA COMMISSION**, *Document de travail 2011*).

SHAPIRO CARL, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog To Fox in Forty Years*, in: *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1 (2010), pp. 49-107 (cité : **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*).

SIEMS MATHIAS, *Comparative Law*, 2^e éd., Cambridge 2018 (cité : **SIEMS**, *Comparative Law*).

STROHM ANDREAS, *Efficiencies in Merger Control: All you Always Wanted to Know and Were Afraid to Ask* (cité : **STROHM**, *Efficiencies*).

SULLIVAN LAWRENCE A. / GRIMES WARREN S. / SAGERS CHRISTOPHER L., *The Law of Antitrust, An Integrated Handbook*, 3^e éd., 2016 (cité : **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*).

SULLIVAN THOMAS E. / HARRISON JEFFREY L., *Antitrust and Its Economic Implications*, 5^e éd., Newark 2009 (cité : **SULLIVAN/HARRISON**, *Economic Implications*).

SULLIVAN THOMAS E. / HOVENKAMP HERBERT / SHELANSKI HOWARD A. / LESLIE CHRISTOPHER R., *Antitrust Law, Policy, and Procedure: Cases, Materials, Problems*, 7^e éd., Burlington et alii 2013 (cité : **SULLIVAN/HOVENKAMP/SHELANSKI/LESLIE**, *Antitrust Law*).

SÜSLU SINEM

- *Commentaire de l'art 4 al. 3 LCart* in : Zäch Roger et alii (édit.), *KG Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*, Zurich/St-Gall 2018 (cité : **SÜSLU, DIKE-KG**).
- *Die Schweizer Fusionskontrolle : zur Frage nach einem Revisionsbedarf des Art. 10 Abs. 2 KG*, in : *Recht*, n° 33 (2015), Berne, pp. 67-81 (cité : **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*).

TERCIER PIERRE / MARTENET VINCENT, *Introduction générale*, in : Martenet Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (édit.), *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : **CR Concurrence-TERCIER/MARTENET**, *Introduction générale*).

Tosato Gian Luigi / Bellodi Leonardo (édit.), *EU Competition Law*, 8 vol., Vol. I : *Procédure : Antitrust – Mergers – State Aid*, 2^e éd., Deventer 2015.

Tschäni Rudolf (édit.)

- *Mergers & Acquisitions V*, Zurich 2003.
- *Mergers & Acquisitions XV*, Zurich/Bâle/Genève 2013.

Tschudin Michael (édit.), *Schweizerisches Kartellrecht in der Praxis : erläuterte Beratungen des WEKO-Sekretariats*, Bâle 2018.

TUCKER DARREN S. / BLOCH ROBERT E. / BRUMFIELD NOAH A. / MAHINI ROBERT / PIRO KIMBERLEY / PLUNKETT STUART C. / WEBB SHELLEY J., *Antitrust Law Developments*, 8^e éd., 2 Vol, Vol. I, 2017 (cité : **TUCKER et alii.**, *Antitrust Law Developments*).

ULRICH THOMAS, *Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in der schweizerischen Fusionskontrolle*, Thèse Zurich, Zurich 2004 (cité : **ULRICH**, *marktbeherrschenden Stellung*).

VAN DEN BERGH ROGER J. / CAMESASCA PETER D. / REED EILEEN, *Chapter 9, Concentrations and Merger Control*, in : Van den Bergh Roger J. / Camesasca Peter D. (édit.), *European Competition Law and Economics: A comparative Perspective*, 2^e éd., Londres 2006 (cité : **VAN DEN BERGH/CAMESASCA/REED**, *European Competition Law and Economics*).

VAN HOECKE MARK

- *Methodology of Comparative Legal Research*, in : Adams Maurice / Husa Jaakko / Oderkerk Marieke (édit.), *Comparative Law Methodology*, 2 Vol., Vol. I, Cheltenham 2017, pp. 127-161 (cité : **VAN HOECKE**, *Methodology*).
- *Methodology of Comparative Legal Research*, in : Law and Method, 12/2015 (cité : **VAN HOECKE**, *Methodology of Comparative Legal Research*).

VASCONCELOS HELDER, *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*, in : The Journal of Industrial Economics, Vol. 58, No. 4 (Décembre 2010), pp. 742-766 (cité : **VASCONCELOS**, *Efficiency Gains and Structural Remedies*).

VATERLAUS STEPHAN / ZURKINDEN PHILIPP E. / SCHNEIDER YVES / ZENHÄUSERN PATRICK / MÄDER BEATRICE, *Juristisch-ökonomisches Gutachten zum Einfluss des SIEC-Test auf die Fusionspraxis der Wettbewerbsbehörden*, Berne 2020 (cité : **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*).

VEIT MARCD., *Die Simulation von Unternehmenszusammenschlüssen als Alternative zur strukturellen Marktanalyse*, in : AJP/PJA 10/1999, pp. 1269-1275 (cité : **VEIT**, *Simulation*).

VENTURI SILVIO / FAVRE PASCAL G., *Commentaire de l'art. 10 LCart*, in : Martenet Vincent / Bovet Christian / Tercier Pierre (édit.), *Commentaire romand droit de la concurrence*, 2^e éd., Bâle 2013 (cité : CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**).

VerLoren van Themaat Weijer / Reuder Berend (édit.), *European Competition Law, A Case Commentary*, 2^e éd., Amsterdam 2018.

VESTAGER MARGRETHE, *Defining Markets in a New Age*, Bruxelles 2019 (cité : **VESTAGER**, *Defining Markets*).

VOGEL LOUIS, *European Competition Law*, 2   d., Paris 2018 (cité : **VOGEL**, *European Competition Law*).

VON BALLMOOS THOMAS

- *Kollektive Marktbeherrschung im schweizerischen Fusionskontrollrecht : eine erste Lagebeurteilung*, in : SJZ 95/1999, pp. 489-493 (cité : **VON BALLMOOS**, *Kollektive Marktbeherrschung*).
- *Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs – Zwei Kriterien im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen oder zweimal dasselbe ?*, AJP/PJA 1999, p. 295-301 (cité : **VON BALLMOOS**, *Marktbeherrschende Stellung*).

Watter Rolf / Vogt Nedim Peter / Tschäni Rudolf / Daeniker Daniel ( dit.), *Basler Kommentar Fusionsgesetz*, 2   d., Zurich 2014 (cité : **BSK FusG-AUTEUR**).

WEBER ROLF H. / VOLZ STEPHANIE, *Wettbewerbsrecht*, Zurich 2013 (cité : **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*).

Weber Rolf H. / Zäch Roger ( dit.), *Methodische und konzeptionelle Grundlagen des Schweizer Kartellrechts im europäischen Kontext : Symposium zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Roger Zäch*, Berne 2009.

WEBLEY LISA, *Qualitative Approaches to Empirical Legal Research*, in : Cane Peter / Kritzer Herbert M. ( dit.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford 2010, pp. 926-947 (cité : **WEBLEY**, *Qualitative Approaches*).

WHISH RICHARD / BAILEY DAVID, *Competition Law*, 9   d., Oxford 2018 (cité : **WHISH/BAILEY**, *Competition Law*).

WIETHAUS LARS / NITSCHKE RAINER, *Upward Pricing Pressure Analysis : Critical Issues in Recent Applications*, in : *Journal of European Competition Law & Practice* 2014 (cité : **WIETHAUS/NITSCHKE**, *Upward Pricing Analysis*).

WITT ANNE C., *The More Economic Approach to EU Antitrust Law*, Oxford 2016 (cité : **WITT**, *The More Economic Approach*).

WOHLMANN HERBERT, *Das Versagen der Fusionskontrolle : eine Glosse*, in : *RSDA* 76 (2004), n  4, pp. 354-356 (cité : **WOHLMANN**, *Versagen*).

WU LAWRENCE, *Economics of Antitrust, Complex Issues In a Dynamic Economy*, White Plains 2007 (cité : **WU**, *Economics of Antitrust*).

WU TIM

- *After Consumer Welfare, Now What ? The “Protection of Competition” Standard in Practice*, New York 2018 (cité : **WU**, *After Consumer Welfare*).
- *The “Protection of the Competitive Process” Standard*, Columbia Public Law Research Paper No. 14-612, 2018 (cité : **WU**, *Competitive Process*).
- *The Curse of Bigness, Antitrust in the New Gilded Age*, New York 2018 (cité : **WU**, *Bigness*).

Z  ch Roger (  dit.)

- *Das Kartellgesetz in der Praxis*, Zurich 2000.
- *Schweizerisches Kartellrecht : an Wendepunkten ?*, Zurich 2009.

Z  ch Roger et alii (  dit.), *KG Bundesgesetz   ber Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen : Kommentar*, Zurich/St-Gall 2018 (cité : **AUTEUR, DIKE-KG**).

ZÄCH ROGER

- *Schweizerisches Kartellrecht*, 2     d., Zurich 2005 (cité : **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*).
- *Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes ? – Schranken des Rechts*, in : Zäch Roger (  dit.), *Schweizerisches Kartellrecht : an Wendepunkten ?*, Zurich 2009 (cité : **ZÄCH**, *Wettbewerbsfreiheit*).

Zäch Roger / Weber Rolf H. / Heinemann Andreas (  dit.), *Revision des Kartellgesetzes : Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler*, Zurich 2012.

ZÄCH ROGER / WICKY ANDREAS, *Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach Schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG)*, Ackermann J  rg-Beat / Schmid Niklaus (  dit.), *Wirtschaft und Strafrecht : Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag*, Zurich 2001, pp. 585-606 (cité : **ZÄCH/WICKY**, *Verwaltungssanktionen*).

ZURKINDEN PHILIPP E.

- *Auswirkungen der KG-Revision auf Vertriebssysteme*, RSDA 2/2004, pp. 105-111 (cité : **ZURKINDEN**, *KG-Revision*).
- *Das total revidierte schweizerische Kartellgesetz*, in : Meyer-Marsilius Hans-Joachim / Schluep Walter R. / Stauffacher Werner ( dit.), *Beziehungen Schweiz – EG, Abkommen, Gesetze und Richtlinien, Kommentare*, 7 Vol., Vol. 5, 10.1, VIII : Kommentar, Zurich 1998, pp. 145-152 (cité : **ZURKINDEN**, *Kartellgesetz*).
- *Gestaltung von Bedingungen und Auflagen sowie die Aufsicht über deren Einhaltung im schweizerischen Fusionskontrollverfahren im Vergleich zur EU*, in : Kunz Peter V. / Herren Dorothea / Cottier Thomas / Matteotti René ( dit.), *Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis, Festschrift für Roland von B ren*, B le 2009, pp. 511-534 (cité : **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*).
- *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des EG-Wettbewerbsrecht*, B le 1999 (cité : **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*).
- *Schweizerisches Kartellrecht : das schweizerische Kartellrecht in der Praxis*, B le 2011 (cité : **ZURKINDEN**, *Kartellrecht*).
- *The Reform of the Swiss Cartels Act*, in : Global Competition Review, 2004, pp. 28-30 (cité : **ZURKINDEN**, *The Reform*).

ZURKINDEN PHILIPP E. / TRÜEB HANS RUDOLF, *Das neue Kartellgesetz, Handkommentar*, Zurich 2004 (cité : **ZURKINDEN/TR EB**, *Handkommentar*).

ZWEIGERT KONRAD / K TZ HEIN, *Introduction to comparative law*, Oxford 1998, traduction de l'allemand (*Einführung in die Rechtsvergleichung : auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3   d., Tübingen 1996) par **WEIR TONY** (cité : **ZWEIGERT/K TZ**, *Introduction to Comparative Law*).

Introduction

I. L'objet, l'intérêt et les buts de la recherche

A. L'objet et l'intérêt de la recherche

Cette étude a pour **objet** d'analyser les tests suisse, européen et américain du 1
contrôle des concentrations d'entreprises dans une démarche comparée,
pour évaluer si le test suisse nécessite une modification et, le cas échéant, en
proposer une au législateur.

L'**intérêt** de la recherche est triple : 2

1° Un intérêt politique. Le droit suisse du contrôle des concentrations fait 3
actuellement l'objet d'un projet de révision. Notre recherche s'intègre ainsi
dans un débat de société actuel. Les deux droits les plus importants qui pour-
raient servir de source à une réforme législative, sont le droit européen et le
droit américain en raison de l'importance économique des marchés sur les-
quels ils sont appliqués, d'une part, et de l'avantage pratique de la compati-
bilité du test suisse à ces deux régimes juridiques, d'autre part.

Une commission d'évaluation de la LCart¹ composée d'experts a rendu 4
un rapport en 2008 concluant, en matière de contrôle des concentrations, à
l'existence d'une lacune dans la loi et à l'opportunité de reprendre le nouveau
test européen du contrôle des concentrations². Le **projet de réforme du
droit suisse** initié la même année proposait de reprendre le nouveau test
européen du contrôle des concentrations³. Ce projet a échoué devant les
Chambres fédérales en 2014⁴. Depuis, le Conseil fédéral examine l'opportu-
nité d'une modification de la LCart portant sur la révision du seul contrôle
des concentrations, considérant que la reprise du test européen n'était pas
contestée au Parlement⁵.

1 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995
(Loi sur les Cartels, LCart ; RS 251).

2 Arbeitsgruppe Evaluation KG, p. 31.

3 Message LCart 2012, p. 3655.

4 BO 2014 CN 1563 ; BO 2014 CN 130.

5 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 7.

- 5 Le droit suisse prévoyant le test du contrôle des concentrations d'entreprises est en vigueur depuis le 1^{er} juillet 1996 et est **similaire à l'ancien test européen** en vigueur entre 1990 et 2004⁶. Avec l'adoption d'un nouveau standard en 2004, l'Union Européenne a modernisé son droit et lancé une vague d'harmonisation dans les Etats membres⁷. Par conséquent, le droit suisse n'est plus compatible avec les droits des Etats voisins et de l'Union européenne.
- 6 **2° Un intérêt scientifique.** Alors que plusieurs avis s'expriment en faveur d'une reprise du test européen, peu de recherches ont été menées sur l'efficacité du test suisse, d'une part, et des tests européen et américain, d'autre part, qui permettent de les comparer et de déterminer lequel est le mieux adapté à la Suisse et pourquoi. Une voie alternative aux solutions européenne et américaine est généralement écartée pour des raisons de compatibilité avec les marchés les plus importants pour la Suisse (N3).
- 7 Au-delà du débat politique, rares sont les analyses suisses mettant en cause l'efficacité du test du contrôle des concentrations. Outre le rapport de 2008 (N4), **deux recherches** récentes portent néanmoins spécifiquement sur la reprise du droit européen en Suisse. Toutes les deux ont été commandées par le Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO) dans la perspective d'une réforme du test suisse en faveur du standard européen. La **première**, datant de 2017, a été réalisée par Swiss Economics et menée par **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, qui concluent à la reprise du test européen afin d'abaisser les exigences légales pour favoriser l'intervention de la Commission suisse de la concurrence (Comco)⁸.
- 8 La **seconde** étude publiée en 2020 et réalisée par **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, établit les conséquences économiques et juridiques d'un changement du test suisse pour le test européen. Les auteurs décrivent de manière concise les tests matériels utilisés en Suisse, dans l'Union européenne et aux Etats-Unis, puis déterminent quels sont les critères du test et les tests économétriques utilisés par les autorités étrangères et si ceux-ci, appliqués aux concentrations suisses, pourraient aboutir à un résultat différent. L'étude compare cinq concentrations suisses à quatre concentrations soumises au test européen, dans des secteurs économiques identiques⁹. L'étude met ensuite en évidence les différences dans le contrôle

6 **SCHERRER**, *Fusionskontrolle*, p. 1382.

7 Cf. not. **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 29.

8 **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 63.

9 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 11.

réalisé par chacune des autorités¹⁰. Notre recherche, menée parallèlement, correspond partiellement à celle-ci dans la mesure où nous soumettons aussi des concentrations suisses aux critères européens, mais nous ajoutons encore une comparaison avec les critères américains. De plus, notre étude a ceci d'original qu'elle compare scientifiquement les tests en les décortiquant étape par étape.

3° Une perspective internationale. Le contrôle des concentrations s'ap- 9
plique à des opérations qui peuvent se réaliser sur le plan international. Les parties doivent parfois soumettre leur projet aux juridictions de plusieurs Etats. Le marché européen et le marché américain sont d'une importance économique telle pour certaines entreprises, qu'envisager une réforme du contrôle des concentrations sans examiner ces régimes juridiques serait un non-sens. Le droit américain et le droit européen exercent une **influence globale** sur les pratiques de nombreuses juridictions. Un examen comparé de ces régimes permet d'envisager une réforme du droit suisse dans un sens qui tienne compte des bonnes pratiques d'autorités influentes.

En Suisse, le débat se cristallise entre deux choix : d'une part, la reprise 10
du test européen, essentiellement motivée par l'avantage qu'aurait une compatibilité entre les deux ordres juridiques et, d'autre part, le *statu quo*. Il nous semble donc pertinent de décrire le test suisse appliqué dans le cas concret à la lumière de la pratique de la Comco. Une fois le contenu du test suisse déterminé, il convient de le comparer avec le test européen que le Conseil fédéral estime opportun de transposer en droit suisse, pour en identifier les différences. Cependant, il est également pertinent de **comparer** ces deux régimes juridiques avec celui des Etats-Unis, en raison de la richesse historique de la pratique plus que centenaire en la matière et des débats dont il fait l'objet actuellement.

B. Les buts de la recherche

Notre recherche vise **quatre buts** :

11

1° Définir le test en vigueur en Suisse, en mettant particulièrement l'accent 12
sur la pratique de l'autorité qui l'applique, la Comco, au travers d'un examen de l'intégralité de ses décisions.

10 VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 23.

- 13 **2° Analyser et présenter le test européen** comme candidat à une transposition en droit suisse. Le Conseil fédéral s'est déjà prononcé en faveur de la reprise de ce test¹¹. Nous l'étudierons scientifiquement pour déterminer comment il devrait être appliqué, en cas de transposition en droit suisse.
- 14 **3° Examiner le droit américain** du contrôle des concentrations pour y puiser les enseignements issus de sa longue histoire. Cela permet de mettre en perspective le droit suisse et le droit européen, ainsi que de s'inspirer du débat vivant dans la doctrine américaine du droit de la concurrence. Par ailleurs, les autorités américaine et européenne collaborent intensivement dans le contrôle des concentrations ce qui rend la prise en compte du système américain particulièrement pertinente pour l'influence internationale qu'il exerce.
- 15 **4° Proposer une réforme** au législateur suisse. A la lumière de la comparaison du droit suisse au régime européen et américain, nous pourrions proposer une modification législative qui puisse combler les éventuels lacunes et défauts du régime suisse actuel.

II. Les méthodes et la délimitation du sujet

- 16 Nous présentons ici les méthodes utilisées dans notre analyse (A.) ainsi que la délimitation du sujet (B.).

A. Les méthodes utilisées

- 17 Nous appliquons trois méthodes dans cette thèse : une méthode de droit comparé (1.), une méthode d'analyse quantitative (2.) et une méthode d'analyse qualitative (3.).

1. La méthode de droit comparé

- 18 Les buts de cette recherche sont principalement mis en œuvre par une méthode de droit comparé. Celle-ci doit nous permettre d'évaluer la qualité du test suisse du contrôle des concentrations. Elle consiste à examiner les **similitudes et les divergences** existant entre les tests matériels suisse, européen et américain et leur mise en œuvre par les autorités de la concurrence compétentes.

11 Message LCart 2012, p. 3656 ; BO 2013 CE 346.

Nous procédons en **quatre étapes**¹².

19

1° La délimitation de l'objet de la recherche et le choix des systèmes juridiques à comparer¹³. Notre recherche examine le contrôle des concentrations (N1ss) dans trois systèmes juridiques en parallèle¹⁴, le droit suisse, le droit européen et le droit américain.

2° L'examen complet de chaque système juridique. Nous choisissons de traiter le test matériel entier de chacun des droits afin de présenter extensivement la méthode appliquée par chacune des trois autorités. Cela implique inévitablement quelques redites lorsque les régimes juridiques prévoient par exemple l'utilisation d'un même critère économique au sein de leur test respectif. Nous avons donc renoncé à regrouper, dans une partie générale, les similarités de tous les régimes juridiques et à traiter séparément, dans une partie spéciale, des parties de test différentes de chaque régime, pour les raisons suivantes :

D'abord, la présentation complète de chaque régime juridique permet, dans un premier temps, une **analyse synoptique** du système, ainsi que, dans un second temps, une **comparaison aisée** par critère.

Ensuite, les autorités de la concurrence utilisent certains critères économiques identiques, mais avec une fréquence et selon des modalités variables¹⁵. La présentation par système permet ainsi une **analyse jurisprudentielle** sur les préférences de l'autorité pour un critère ou un autre sans mélanger les pratiques de chacune des trois autorités.

Enfin, certaines variations d'application d'un même critère dans les régimes juridiques étudiés, entraînent des **courants doctrinaux différenciés**. Ainsi, notre traitement par système est justifié par les variations observées dans la recherche scientifique dans chaque régime juridique.

Certains auteurs ont retenu une **logique différente**¹⁶. L'analyse se fait étape par étape et, pour chacune d'elle, l'auteur examine les différents systèmes¹⁷. Cette articulation de la matière ne permet pas de représenter en une fois la démarche de chaque autorité du début à la fin. Elle ne décrit pas la

12 **DE CRUZ**, *Comparative Law*, p. 240 ; **MÜLLER/MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER**, *Comparative Private Law*, n° 187 ss, n° 233 ss, n° 238 ss, n° 244 ss ; **SIEMS**, *Comparative Law*, p. 15 ; **VANHOECKE**, *Methodology*, p. 129 ; **ZWEIGERT/KÖTZ**, *Introduction to comparative Law*, p. 40, 43, 44, 46.

13 **VANHOECKE**, *Methodology*, p. 129.

14 **RISKE**, *Comparative Private Law*, n° 1224.

15 Cf. p. ex. : Affaire COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*, para. 255.

16 Cf. p. ex. : **KAUFHOLD**, *Das Eingreifkriterium*, p. 41 ss.

17 **RISKE**, *Comparative Private Law*, n° 1226.

succession des étapes du contrôle par l'autorité qui envisage d'abord les entraves potentielles à la concurrence puis les facteurs de contrepoids relatifs au projet de concentration. Cette présentation empêche une mise en évidence aisée des similitudes et des divergences constatées d'un système à l'autre. Pour toutes ces raisons et sans en remettre en cause la pertinence scientifique, nous avons exclu cette forme de présentation.

26 Nous commençons par le **test matériel suisse** en nous fondant sur les normes en vigueur, les avis de la doctrine, ainsi que les précédents des autorités suisses de la concurrence. La présentation du test suisse se justifie, d'une part, pour établir un cadre de référence pour comparer les autres droits et, d'autre part, pour effectuer une analyse détaillée de la pratique des autorités afin de la confronter à la théorie¹⁸.

27 Nous présentons ensuite le **test matériel européen** selon les normes en vigueur actuellement. Le choix du droit européen se justifie d'une part, en raison du fait qu'il joue un rôle majeur dans le contrôle des concentrations au niveau mondial¹⁹. En effet, le test est réputé relativement strict en comparaison internationale²⁰ et le marché sur lequel il est appliqué est vaste, de telle sorte qu'une interdiction de l'autorité européenne, même en cas d'autorisation délivrée par une autre autorité, contraint les parties à la concentration à choisir entre l'abandon de leur projet ou la renonciation au marché européen²¹. D'autre part, le Conseil fédéral a souhaité la reprise du test européen et le Parlement en a débattu dans le cadre de l'examen d'une révision du droit suisse de la concurrence en 2014 (N 4)²².

28 Nous examinons enfin le **test matériel américain** à la lumière notamment de la jurisprudence américaine et de la pratique des autorités exerçant le contrôle des concentrations. L'examen du droit américain de la concurrence se justifie en raison de son histoire plus que centenaire, qui précède celle du droit suisse de la concurrence et du droit européen. Les Etats-Unis ont contrôlé des concentrations dès le début du XX^{ème} siècle, tandis que la Suisse connaît un contrôle des concentrations depuis 1986 et l'Union européenne depuis 1990²³. De la même manière que pour le droit européen, l'im-

18 Cf. à ce sujet : **VAN HOECKE**, *Methodology of Comparative Legal Research*, p. 22.

19 **BRADFORD**, *The Brussels Effect*, p. 64.

20 **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, *Comparing Merger Policies*, p. 329.

21 **BRADFORD**, *The Brussels Effect*, p. 19.

22 **SCHNEIDER-AMMANN**, BO 2013 CE 346.

23 FF 1986 I 48 ; Affaire *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904) ; Règlement n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (Règlement 4064/89) ; **GERBER**, *Comparative Competition Law*, p. 1177 s.

portance économique et l'ampleur géographique du marché américain confèrent une certaine autorité internationale au test américain. Par ailleurs, lors de l'adoption du nouveau droit européen, la reprise du test américain a été une option largement débattue²⁴. Il en résulte que le droit américain a influencé l'adoption de la norme européenne actuelle²⁵.

Nous recourons à une **structure d'examen la plus uniforme possible** 29 en traitant, dans un ordre commun aux trois systèmes, les critères appliqués par les autorités. Cette organisation de la matière nécessite quelques ajustements dans chacun des droits pour aboutir à cette systématique, laquelle permet ensuite une comparaison point par point entre chacun des droits.

3° La comparaison des différences et similitudes de chacun des droits, dans 30 une présentation « transversale », à savoir en rappelant chaque critère et en le déclinant en fonction du système juridique. Nous comparons également les taux d'intervention de chaque autorité sur la base de statistiques²⁶. Dans cette étape, nous recourons à la méthode d'analyse quantitative décrite au point 2 ci-dessous.

Nous vérifions également les **conséquences** des différences identifiées 31 dans les tests. Il s'agit de déterminer si, au-delà des divergences théoriques et pratiques entre les systèmes, celles-ci induisent une conséquence dans le résultat de l'examen d'une concentration et si, en appliquant en Suisse le droit européen ou américain, un résultat différent en découlerait dans les décisions de la Comco²⁷. Dans cette étape, nous recourons à la méthode d'analyse qualitative décrite au point 3 ci-dessous.

4° L'évaluation des résultats et les propositions législatives. La démarche 32 comparative met en évidence les lacunes du test matériel suisse et nous permet de suggérer des modifications visant à les combler. L'exposé de chacun des droits, réalisé précédemment, puise dans la pratique d'autres systèmes les meilleures solutions pour aborder les concentrations potentiellement problématiques en Suisse. L'examen de la pratique d'autorités effectuant davantage de contrôles des concentrations par année que la Comco permet également de bénéficier d'une jurisprudence plus vaste qu'en Suisse, ainsi que d'une riche analyse scientifique réalisée par les autorités dans l'appré-

24 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.47.

25 **COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**, *Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil*, para. 160 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.43.

26 Cf. Annexes I, II et III.

27 **SIEMS**, *Comparative Law*, p. 28.

hension de nouveaux phénomènes anticoncurrentiels. Nous proposons ainsi une modification législative pour changer le droit suisse du contrôle des concentrations.

2. La méthode d'analyse quantitative

33 Dans le but d'établir l'**efficacité** du test de chacun des systèmes, nous effectuons une analyse quantitative des décisions des autorités.

34 Nous portons principalement notre attention sur les paramètres de base de la décision, à savoir le **nombre** de concentrations interdites, autorisées sous charges et conditions et autorisées sans conditions. Accessoirement, nous relevons dans combien d'affaires les autorités ont tenu compte de certains critères du test, lorsque cela est possible.

35 En Suisse, notre analyse porte sur un **corpus** comportant l'intégralité des décisions de la Comco en matière de contrôle des concentrations, depuis le début de la publication de celles-ci en 1997 et jusqu'à fin 2019²⁸. Aucun choix n'a dû être fait puisque toutes les décisions sont incluses dans le corpus, qui compte 741 décisions, dont seules 628 ont été publiées²⁹. La Comco n'examinant pas tous les critères possibles dans chaque décision, le corpus n'est quantitativement pas suffisamment représentatif pour pouvoir déduire une tendance ou créer des modèles économétriques précis pour chaque critère (p. ex. un indice de risque de contestation de la concentration en fonction de paramètres donnés tels que le degré de concentration du marché, les parts de marché des parties ou leur proximité concurrentielle avec leurs concurrents³⁰). En effet, nous verrons plus bas que certains critères, tels que le degré de concentration du marché, ne sont utilisés par la Comco que dans une vingtaine de décisions et ne peuvent par conséquent pas être examinés d'un point de vue quantitatif mais peuvent tout de même être exploités dans l'examen qualitatif.

36 En Europe et aux Etats-Unis, les autorités ont établi des **rapports annuels** de leurs activités. Nous avons extrait de ceux-ci une statistique des décisions des autorités et en avons tiré le nombre d'interdictions, d'autorisations sous charges et conditions et le nombre d'autorisations sans conditions. Les statistiques portent en Europe sur les décisions rendues entre 2004 et fin 2019 sous l'empire du test SIEC. Les statistiques américaines extraites portent sur les cas traités entre 1997 et fin 2019 pour correspondre à la période examinée en Suisse.

28 Cf. Annexe I.

29 DPC1997/2 à DPC2019/4.

30 Cf. p. ex. BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK, *Comparing Merger Policies*, p. 326.

La méthode est en partie **similaire** à **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, 37
qui ont comparé les tests européen et américain en 2010. Les auteurs ont
établi, sur la base d'un échantillon de 138 décisions de la Commission euro-
péenne (toutes rendues sous le test européen de dominance en vigueur avant
2004), et de 426 décisions de la Federal Trade Commission (FTC), un taux
d'intervention hypothétique en fonction de variables tirées des décisions
(p. ex. parts de marché de l'entité résultante ou concentration du marché
suite à la concentration) pour chacune des deux autorités. Ils ont ensuite
soumis le corpus de décisions américaines au taux d'intervention hypothé-
tique européen et, inversement, le corpus de décisions européennes au taux
d'intervention hypothétique américain en fonction des variables propres à
chacune des concentrations³¹.

Notre méthode est cependant **différente** puisqu'elle ne s'intègre pas 38
dans une démarche économétrique et ne permet pas de déduire un taux
hypothétique d'intervention en fonction de variables déduites de l'analyse
quantitative, en raison d'un corpus trop restreint et de l'absence de données
exactes dans les décisions de la Comco qui ne donnent que des fourchettes
de valeur en raison de la protection des secrets d'affaires³². La recherche de
BERGMAN et alii³³ nous conforte dans l'idée que le croisement des corpus de
décisions d'un Etat avec le test d'un autre système juridique est pertinent
scientifiquement.

Nous intégrons les **résultats de l'analyse quantitative** dans la troisième 39
étape de la méthode de droit comparé (N 30) pour mettre en évidence les dif-
férences de taux d'intervention entre les systèmes.

3. La méthode d'analyse qualitative

Nous recourons à l'analyse qualitative dans deux parties de la recherche. 40
Premièrement, dans la présentation de chacun des tests, lors de l'examen
des critères de chaque test, nous extrayons les données des décisions pour
en déduire la pratique de l'autorité quant à l'application qu'elle fait de ces
critères. Par exemple, les indices de concentration du marché sont présentés
dans toutes les décisions où l'autorité y a eu recours pour déterminer une

31 **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, *Comparing Merger Policies*, p. 326. Cette publi-
cation est la suite d'une longue tradition d'analyses empiriques sur le même modèle,
soit : **BERGMAN/JAKOBSSON/RAZO**, *An Econometric Analysis*, p. 717 ss ; **COATE/HIGGINS/**
MCCHESNEY, *Bureaucracy and politics*, p. 462 ss ; **COATE**, *The Shifting Sands*, p. 393 ss ;
COATE, *A test of political control of the bureaucracy*, p. 1 ss.

32 Cf. p. ex. Affaire *Tamedia / Basler Zeitung*, DPC2018/4 265, p. 980.

33 **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, *Comparing Merger Policies*, p. 305 ss.

corrélation entre la valeur d'un tel indice et le résultat dans la décision rendue. Nous avons recours à cette analyse chaque fois que cela est possible en fonction de la disponibilité des données.

- 41 **Deuxièmement**, nous recourons à l'analyse qualitative pour soumettre trois concentrations suisses aux tests européen et américain dans la troisième étape de la méthode de droit comparé (N 32). La méthode appliquée dans cette étape de la comparaison consiste d'abord à sélectionner des cas de concentrations suisses identifiés comme conduisant à une structure de marché pouvant engendrer des effets anticoncurrentiels mais ne supprimant cependant pas la concurrence efficace, de sorte que la Comco ne peut pas les interdire. L'analyse consiste ensuite à soumettre ces cas aux tests du contrôle des concentrations européen et américain afin de déterminer si la concentration étudiée aboutirait à un résultat différent sous un autre régime juridique.

B. La délimitation du sujet

- 42 Notre recherche porte sur le contrôle matériel de la concentration. Elle **exclut** les éléments suivants :
- 43 **1° La définition d'une concentration.** Nous ne comparons pas dans cette thèse la définition d'une concentration (en Suisse, cf. art. 4 al. 3 LCart). Notre analyse commence au stade où l'autorité examine une affaire après avoir déterminé qu'il s'agit bien d'une concentration.
- 44 **2° Les critères procéduraux et d'intervention.** Notre analyse exclut volontairement l'examen des différences de procédures et des seuils d'intervention (*Aufgreifkriterien*), prévus en Suisse à l'art. 9 LCart. Bien que ceux-ci jouent un rôle dans le processus du contrôle au sens large, nous les avons exclus car l'analyse du test matériel est pertinente indépendamment de la procédure et des critères qui soumettent une concentration au contrôle ou non. Par ailleurs, dans le projet de réforme du droit de la concurrence en Suisse en 2012, le Conseil fédéral a traité la modification du test matériel du contrôle des concentrations séparément de la procédure, de sorte qu'on peut admettre que celui-ci dispose d'une portée autonome³⁴.
- 45 **3° Les critères politiques.** Nous excluons l'autorisation exceptionnelle de la concentration par le Conseil fédéral, fondée sur des intérêts publics prépondérants, réglée en Suisse à l'art. 11 LCart. Cette disposition n'a à ce jour jamais

34 Message LCart 2012, p. 3670 ss.

été appliquée. Les critères applicables dans un tel cas sont *a priori* différents de ceux prévus à l'art. 10 LCart. Ainsi, nous excluons également cette disposition de l'analyse comparée pour limiter la thèse à l'examen juridique réalisé par l'autorité de la concurrence.

III. Le plan

La recherche se divise en trois parties. Dans la **première partie** consacrée aux fondements, nous exposons les notions de la concurrence (Chapitre 1), puis les sources légales du contrôle des concentrations dans chacun des systèmes juridiques étudiés (Chapitre 2). 46

Dans la **deuxième partie**, nous présentons l'intégralité du test matériel du contrôle des concentrations en droit suisse (Chapitre 3), européen (Chapitre 4) et américain (Chapitre 5). Chacun des trois chapitres correspondant à un système juridique est divisé en sept sous-chapitres identiques. Le premier consiste en des remarques générales sur le test et sa formulation dans le système juridique concerné (I.). Les cinq suivants correspondent aux étapes de l'examen présentes dans chaque régime juridique : la détermination du marché pertinent (II.), les effets anticoncurrentiels que peut engendrer l'entité résultante (III.), le lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels (IV.), les facteurs de contrepoids pouvant neutraliser les effets anticoncurrentiels (V.) et les mesures correctives que peut prononcer l'autorité pour autoriser la concentration sous conditions (VI.). Le septième sous-chapitre constitue une conclusion de chaque système juridique (VII.). 47

Dans la **troisième partie**, nous proposons, dans un premier temps, une analyse comparée des trois systèmes juridiques (Chapitre 6), en mettant en opposition point par point des étapes du test détaillées dans la deuxième partie, qui diffèrent dans le droit ou dans la pratique de chaque autorité. Nous mettons en lumière les conséquences qu'impliquent les différences entre les systèmes dans le cas concret, en appliquant le test européen et américain à trois cas de concentrations issus de la jurisprudence suisse. Dans un second temps, nous envisageons la proposition d'une réforme du droit suisse (Chapitre 7) à l'aune des meilleures pratiques identifiées dans les deux autres systèmes. 48

En **conclusion**, nous formulons les thèses déduites de cette recherche pour réformer le droit suisse du contrôle des concentrations à la lumière des droits européen et américain. 49

Première partie :

Les fondements

Chapitre 1 :

Les notions de la concurrence

Dans ce chapitre, nous traitons les notions qui servent à l'assise théorique des 50 chapitres suivants de cette thèse. Nous présentons d'abord quelques définitions (I.), puis les fondements de la concurrence parfaite (II.), ensuite les buts poursuivis par le droit de la concurrence et sa mise en œuvre (III.). Nous formulons enfin une conclusion (IV.).

I. Les définitions

Par **concentration d'entreprises**, on entend la fusion de deux ou de plu- 51 sieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres (art. 4 al. 3 let. a LCart), ou toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 let. b LCart).

La notion englobe tant les opérations de fusion d'entreprises que la 52 **prise de contrôle direct ou indirect** par une ou plusieurs entreprises d'une autre entreprise par la prise de participation au capital, ou la conclusion d'un contrat, par exemple par le biais d'une convention d'actionnaires³⁵. Le contrôle peut être exclusif lorsqu'il est exercé par une entreprise, ou conjoint lorsqu'il l'est par plusieurs entreprises³⁶.

Une entreprise est réputée acquérir le **contrôle d'une entreprise** 53 jusque-là indépendante lorsque, par la prise de participations au capital ou par tout autre moyen, elle est en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'activité de cette entreprise. Constituent notamment, seuls ou combinés, des moyens de contrôle, les droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens de l'entreprise, ou les droits ou les contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes de l'entreprise (art. 1 OCCE³⁷).

35 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 74, p. 296.

36 BSK KG-**REINERT**, art. 4 al. 3 LCart, n° 2; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 4 al. 3 LCart, n° 12; **SÜSLU**, DIKE-KG, art. 4 al. 3 LCart, n° 158 ss.

37 Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, du 17 juin 1996 (OCCE; RS 251.4).

- 54 Les concentrations sont **horizontales** lorsqu'elles unissent des entreprises jusque-là indépendantes et actives sur les mêmes marchés, **verticales**, lorsqu'elles unissent des entreprises indépendantes auparavant et situées à des échelons différents en amont ou en aval du marché ou **conglomérales**, lorsqu'elles unissent des entreprises indépendantes et qui ne sont ni actives sur le même marché ni à d'autres échelons du marché³⁸.
- 55 Par **test** du contrôle des concentrations d'entreprises, on entend l'examen matériel d'ensemble, aussi désigné par l'expression « test matériel » ou seulement « le test », prévu par une loi ou un Règlement, effectué par une autorité spécialement désignée à cette fin³⁹.
- 56 Le test matériel (N 55) est **désigné** en Suisse par sa condition principale, la position dominante, comme un test « de dominance » (« *Marktbeherrschungstest* ») et les tests matériels européens et américains sont désignés par un sigle reprenant leur formulation légale, soit pour le droit de l'Union européenne, le test « SIEC » (« *Significant Impediment to Effective Competition* ») pour « entrave significative à une concurrence effective »⁴⁰ et, pour le droit américain, le test « SLC » (« *Substantial Lessening of Competition* ») pour « diminution substantielle de la concurrence »⁴¹.
- 57 Par **critères du test** (« *Eingreifkriterien* »)⁴², on entend les critères économiques appliqués par les autorités dans le cadre du test matériel (N 56). Il en va par exemple des parts de marché des entreprises parties à la concentration, de la présence ou non de concurrents actuels ou potentiels, de barrières à l'entrée du marché. Certains critères apparaissent dans plusieurs tests. Ils sont cependant parfois appliqués différemment par l'une ou l'autre autorité, ou les seuils d'intervention d'un même critère peuvent être différents dans un système ou un autre⁴³.
- 58 Par **tests économétriques**, on entend des formules économiques ou des méthodes empiriques, permettant de calculer des indices, renseignant l'autorité qui les applique sur des paramètres tels que la pression concurrentielle

38 Message LCart 1994, p. 548.

39 Cf. BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 1; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 14.

40 Règlement n° 139/2004, art. 2 § 2; **KAUFHOLD**, *Das Eingreifkriterium*, p. 19; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.43.

41 *Clayton Act*, Sect. 7; Livre vert sur la révision du Règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil, para. 160; **KAUFHOLD**, *Das Eingreifkriterium*, p. 20.

42 **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1758.

43 Voir par exemple l'indice Herfindahl-Hirschman (IHH), qui est un indice économique de concentration du marché utilisé dans le droit suisse, européen et américain, mais dont les seuils indiquant un marché particulièrement concentré sont différents d'un droit à l'autre.

ressentie par une entité, la tendance des consommateurs à détourner leurs achats en fonction de la variation des prix des produits, l'augmentation globale potentielle des prix sur le marché après la survenance d'une concentration⁴⁴. Ces tests sont réalisés en utilisant des données économiques provenant du marché ou des parties, telles que les prix pratiqués par les parties et les concurrents, les marges, les volumes de vente, etc. Ils permettent à l'autorité de déterminer si un critère du test (N 57) est rempli ou non.

II. Les fondements de la concurrence parfaite

La **concurrence** est le régime visant à garantir un système économique fondé sur un ordre libéral⁴⁵. Elle est à la fois un mode d'organisation de l'économie, une structure de marché et un type de comportement⁴⁶. Un marché parfaitement concurrentiel est typiquement défini par deux paramètres. D'une part l'échange d'un bien doit se faire à un prix correspondant à son coût de production, laissant aux producteurs et aux vendeurs suffisamment de bénéfice pour maintenir l'investissement dans l'industrie. D'autre part, chaque personne encline à payer ce prix doit avoir la possibilité de l'acquérir⁴⁷.

Afin qu'une **concurrence parfaite** soit atteinte sur un marché, les conditions suivantes devraient être remplies :

1° Tous les concurrents offrent un **produit homogène**, de sorte que les consommateurs se fournissent indifféremment chez l'un ou l'autre d'entre eux, en partant du principe que le prix est identique partout⁴⁸.

2° Chaque fournisseur sur le marché détient une **part du marché** suffisamment petite pour que son éventuelle augmentation ou diminution de volume de production, voire sa disparition du marché n'affecte pas le comportement des autres fournisseurs sur le marché⁴⁹.

44 VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p.4.

45 CR Concurrence-TERCIER/MARTENET, *Introduction générale*, n° 2.

46 BOUTAYEB, *Droit matériel*, n° 632.

47 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p.4.

48 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 5 ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 4 s ; KORAH, *Guide*, p.13.

49 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 5 ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 4 s ; KORAH, *Guide*, p.13.

- 63 3° Toutes les ressources et tous les intrants pour la fabrication du produit sont équitablement **accessibles** à chaque fournisseur⁵⁰.
- 64 4° Le marché est **transparent** de telle sorte que chaque participant du marché connaisse les prix, les volumes et les autres informations du marché⁵¹.
- 65 Plus le marché est proche de remplir toutes ces conditions, plus il fonctionne de manière concurrentielle⁵². Il arrive cependant que certains marchés fonctionnent de manière suboptimale dans une telle configuration. Il en va ainsi lorsque des **économies d'échelles** permettent de produire à des coûts moins élevés. Certaines industries peuvent alors produire au prix le plus bas uniquement lorsque d'importants volumes de production sont atteints, soit lorsque peu de producteurs, voire une seule entreprise, peuvent satisfaire l'intégralité de la demande⁵³.

III. Les buts du droit de la concurrence

- 66 Nous traitons, dans cette partie, des buts poursuivis par le législateur et l'autorité. Après quelques remarques générales (A.), nous décrivons les standards de protection en général (B.), puis nous déterminons quelle politique de la concurrence est effectivement poursuivie par les systèmes juridiques examinés dans notre recherche (C.). Nous apportons enfin des conclusions intermédiaires (D.).

A. Remarques générales

- 67 Le droit de la concurrence veille à la bonne marche de l'institution de la concurrence, dans la réalisation d'un certain intérêt public⁵⁴. **L'intérêt public** poursuivi est à chercher dans l'utilisation que l'autorité fait de sa marge de manœuvre pour appliquer le droit de la concurrence⁵⁵.

50 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 5 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 4 s ; **KORAH**, *Guide*, p. 13.

51 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 5 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 4 s ; **KORAH**, *Guide*, p. 13.

52 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 5 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 4 s ; **KORAH**, *Guide*, p. 13.

53 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 9.

54 Message LCart 1994, p. 477.

55 **MOOR**, *Théorie micropolitique*, p. 102.

Plusieurs intérêts publics différents peuvent être poursuivis et aucun en particulier n'est celui de la société en général⁵⁶. L'intérêt public poursuivi par le droit de la concurrence varie selon le **standard de protection** à la racine de chaque système de droit de la concurrence. Le droit peut viser notamment la protection du bien-être du consommateur, la protection du bien-être général, la protection du processus concurrentiel, ou d'autres standards encore⁵⁷. La mise en œuvre du droit de la concurrence doit pourtant se faire en faveur d'un intérêt public particulier et il faut tenter de déterminer celui qui prévaut dans chaque système juridique examiné.

Aux Etats-Unis, Robert **BORK** est le précurseur du débat sur le but du droit de la concurrence avec son analyse *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act* en 1966, dans laquelle l'auteur a entrepris d'interpréter l'intention du législateur lors de l'adoption du texte fondamental du droit antitrust américain, *le Sherman Act*, en 1890⁵⁸. Selon **BORK**, le législateur américain visait, au moment de l'adoption du *Sherman Act*, **la protection du bien-être du consommateur**, ce qui en fait le standard de protection du droit antitrust américain⁵⁹.

La doctrine américaine a par la suite fortement **remis en cause** la position de **BORK**, en l'accusant d'avoir substitué la doctrine qu'il défendait aux réelles intentions du législateur⁶⁰. Cette théorie a néanmoins largement essaimé au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle et influencé en grande partie la pensée européenne et suisse du droit de la concurrence⁶¹.

Nombre d'auteurs ont néanmoins développé **d'autres standards** de protection. Certains standards se recoupent avec celui de la protection du bien-être du consommateur.

B. Les standards de protection en général

La doctrine mentionne **plusieurs standards** de protection du droit de la concurrence pouvant être regroupés dans les catégories suivantes : le bien-

56 **MOOR**, *Théorie micropolitique*, p. 102.

57 Cf. not. **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.56 ss.

58 **BORK**, *Legislative Intent*, p. 1 ss ; **MARTY**, *Bien-être du consommateur*, p. 477.

59 **BORK**, *Legislative Intent*, p. 11 ; **MARTY**, *Bien-être du consommateur*, p. 480 ; **WU**, *After Consumer Welfare*, p. 4.

60 **ASHENFELTER/HOSKEN/WEINBERG**, *Robert Bork*, p. 8 ; **GINSBURG**, *Bork's Legislative Intent*, p. 947 ss ; **HOVENKAMP**, *Antitrust's protected classes*, p. 22 ; **WU**, *After Consumer Welfare*, p. 4 ; **WU**, *Bigness*, p. 88.

61 **BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 14.

être du consommateur (1.), le bien-être général (2.), la protection d'un pouvoir économique décentralisé (3.), la protection de l'accès au marché des concurrents (4.) et la protection du processus concurrentiel (5.).

1. Le bien-être du consommateur

73 D'après le standard de **protection du bien-être du consommateur**, le droit de la concurrence doit permettre aux consommateurs de satisfaire leurs préférences de consommation au moindre coût⁶².

74 Le bien-être du consommateur se mesure au **surplus du consommateur**, à savoir la somme des surplus de tous les consommateurs qui acquièrent un bien déterminé⁶³. Le surplus d'un consommateur est le montant correspondant à la différence entre le prix prohibitif – le plus haut qu'un consommateur est prêt à payer pour un bien particulier – et le prix du marché. Il correspond ainsi à ce qu'un consommateur « gagne » entre le prix qu'il est prêt à payer et celui du marché⁶⁴.

75 Le surplus du consommateur dépend de l'**efficacité allocative (ou statique)**⁶⁵. L'efficacité allocative est atteinte lorsque la quantité optimale de biens est disponible au prix optimal. Lorsque les coûts de fabrication pour les producteurs équivalent aux prix du marché pour les consommateurs et que tous les producteurs peuvent satisfaire la demande des consommateurs et que tous les consommateurs désirant le bien sont prêts à payer au moins le prix proposé par les producteurs, l'efficacité allocative est optimale. Un tel stade d'efficacité allocative est appelé **optimum de Pareto** et ne peut survenir que sur un marché polypole homogène (N 60 ss)⁶⁶.

76 Le standard du bien-être du consommateur **ne permet pas de compenser** une perte d'efficacité allocative avec les gains de surplus pour les producteurs. Ainsi, lorsqu'une concentration permet aux producteurs de réaliser un gain d'échelle, par exemple en produisant à moindre coût, et que les consommateurs sont affectés par une baisse de la qualité ou de la

62 BORK, *Legislative Intent*, p. 7; LIANOS/KORAH/SICILIANI, *Competition Law*, p. 92.

63 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 2.69.

64 CR Concurrence-MARTENET/TERCIER, art. 1 LCart, n° 13; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 2.59; LIANOS/KORAH/SICILIANI, *Competition Law*, p. 92; PEEPER-KORN/VEROUDEN, *Economics*, n° 1.28; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 12; SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 71.

65 Message LCart 1994, p. 515; Botschaft KG 1994, p. 513.

66 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 5; SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 71.

quantité, ou par une augmentation des prix en raison d'une augmentation de pouvoir de marché, alors cette baisse du surplus du consommateur prime toute hausse de surplus pour les producteurs, soit toute augmentation d'**efficacité productive**⁶⁷.

Selon certains courants, le bien-être du consommateur comprend également la **protection du transfert de richesse**. Le droit antitrust américain en particulier a été pensé comme un système visant à éviter que les entreprises en position de monopole profitent de leur position dominante pour augmenter leurs prix et capter la fortune des consommateurs qui peuvent encore se permettre de payer les prix pratiqués⁶⁸.

Le bien-être du consommateur comprend encore la **protection du choix du consommateur**. Le standard tient compte du fait que les consommateurs préfèrent avoir le choix parmi une diversité de fournisseurs ou de marques pour s'approvisionner⁶⁹.

Enfin, le standard peut comprendre la promotion de l'innovation comme but poursuivi par la politique de concurrence⁷⁰. On parle également d'**efficacité dynamique**, qui est atteinte lorsque les entreprises peuvent réagir en mettant sur le marché de nouveaux produits plus innovants pour remplacer les anciens, ou de nouveaux processus de fabrication en fonction des modifications des préférences des consommateurs et des conditions du marché⁷¹.

Les **critiques** adressées à l'encontre du standard du bien-être du consommateur mettent en exergue qu'il ne permet pas de tenir compte à plus large échelle des retombées pour l'économie des gains d'efficacité productive (N 76), dont les consommateurs bénéficient en général, notamment par la redistribution des richesses par le biais des impôts⁷². En matière de contrôle des concentrations, le standard implique également la preuve stricte d'un risque d'augmentation des prix liée à l'opération pour l'interdire ou la soumettre à conditions, ce qui est à la fois une simplification extrême des effets économiques d'une fusion et à la fois particulièrement difficile à apporter⁷³.

67 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IV*, 910f, p. 80 ; HOVENKAMP, *Distributive Justice*, p. 8.

68 MARTY, *Bien-être du consommateur*, p. 485 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 13.

69 MARTY, *Bien-être du consommateur*, p. 489 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 15.

70 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 16.

71 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 16 ; SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 72.

72 KAUFHOLD, *Das Eingreifskriterium*, p. 174.

73 WU, *After Consumer Welfare*, p. 6 ; WU, *Competitive Process*, p. 1.

2. Le bien-être général

- 81 Le bien-être général est un standard de protection tenant compte du bien-être total, soit la somme du surplus des consommateurs et du surplus des producteurs⁷⁴. Selon ce standard, également appelé **standard de Kaldor-Hicks**⁷⁵, tout changement sur le marché ne peut être autorisé que si le total du bien-être général augmente, même si le bien-être des consommateurs ou des producteurs diminue à court terme⁷⁶.
- 82 Le standard est donc une pondération entre l'efficacité allocative (N 75) et l'efficacité productive. Par **efficacité productive**, on entend la réalisation par les producteurs de gains d'échelle leur permettant d'augmenter leur surplus de producteur, soit leur capacité à envisager la vente d'un bien pour un prix correspondant à ce qu'ils sont prêts à le vendre, voire plus élevé (N 76)⁷⁷.
- 83 Bien souvent, le bien-être général et le bien-être du consommateur se confondent. Dans certains cas toutefois, une décision rendue en application du standard du bien-être général peut autoriser une concentration réalisant d'importants **gains d'efficacité**, augmentant ainsi le bien-être des producteurs, tout en réduisant le bien-être des consommateurs, tant que l'augmentation de l'un en valeur absolue dépasse la diminution de l'autre en valeur absolue⁷⁸.
- 84 Le bien-être général tient compte de l'efficacité **allocative** (N 75) et de l'efficacité **productive** (N 76) ainsi que de l'efficacité **dynamique** (N 79)⁷⁹.
- 85 La **critique** du standard du bien-être général réside dans le fait que, bien qu'économiquement l'augmentation du surplus total permette une compensation interne de la baisse du surplus des consommateurs grâce à l'augmentation du surplus des producteurs, ce transfert n'est que théorique et le standard ne s'intéresse pas à la répartition effective du surplus total entre les producteurs et les consommateurs. La distribution des surplus risque de

74 **HILDEBRAND**, *Economic Analysis*, p. 23 ; **KOKKORIS**, *Substantive issues*, p. 536.

75 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 101 ; **LIANOS**, *Reflections*, p. 6 ; **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*, p. 92.

76 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 430 ; **HOVENKAMP**, *Distributive Justice*, p. 8 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 104 ; **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*, p. 92.

77 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 100 ; **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*, p. 92 ; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 72.

78 CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**, art. 1 LCart n° 18 ; **MARTY**, *Bien-être du consommateur*, p. 478 ; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 71.

79 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 403-405 ; CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**, art. 1 LCart n° 19.

prétérir les consommateurs au profit des producteurs⁸⁰. Néanmoins, certains auteurs relèvent que les consommateurs peuvent tout de même bénéficier d’une augmentation générale du surplus grâce à d’autres mécanismes de redistribution des richesses, tels que les dividendes versés à des caisses de pensions ou assurances des consommateurs, ou les impôts (N 80)⁸¹.

3. La protection d’un pouvoir économique décentralisé

Selon certains auteurs, le *Sherman Act* américain vise à **déconstruire les** 86
conglomérats géants, en particulier pour combattre le fait que les petites entreprises et les consommateurs doivent se plier aux choix d’un petit nombre d’entreprises puissantes⁸².

Le pouvoir de marché d’un petit nombre d’entreprises en position do- 87
minante leur confère un **pouvoir de contrôle et de régulation** sur leurs co-
contractants et les éventuels autres concurrents. Le droit antitrust servirait
ainsi à empêcher un transfert d’un tel pouvoir de régulation du marché en
mains privées⁸³.

Le maintien d’un **grand nombre** d’acteurs sur un marché permet effec- 88
tivement de prévenir les risques de surplus du producteur aux dépens des
consommateurs, ainsi que de garantir une efficacité allocative (N 75) et une
efficacité dynamique (N 79)⁸⁴.

Cependant le standard a fait l’objet de **critiques** pour faire obstacle aux 89
gains d’efficacité réalisés par une certaine centralisation de la production.
Aujourd’hui, la poursuite de l’efficacité allocative (N 75) a supplanté la pour-
suite d’un pouvoir économique décentralisé⁸⁵. Le standard de la protection
d’un pouvoir économique décentralisé présente l’inconvénient qu’il force
l’autorité soit à condamner toute concentration en tant qu’opération tendant
à réduire le nombre d’acteurs du marché, soit à tolérer certaines concentra-
tions qui génèrent des gains d’efficacité. Dans ce dernier cas toutefois, l’auto-
rité doit déterminer combien de gains d’efficacité il est nécessaire de réaliser
pour compenser la perte de quantité d’acteurs sur le marché⁸⁶.

80 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 2.61.

81 KORAH, *Guide*, p. 11.

82 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 18 ; WU, *Bigness*, p. 54.

83 MARTY, *Bien-être du consommateur*, p. 489.

84 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 19.

85 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 19.

86 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 19.

4. La protection de l'accès au marché pour les entreprises

90 L'un des buts du droit de la concurrence est de garantir le droit de chacun de pouvoir **entrer librement** sur le marché pour y entreprendre une activité commerciale, en tant qu'expression de la liberté économique⁸⁷. Selon cette acception, le droit de la concurrence doit principalement empêcher les entreprises d'atteindre une position dominante telle qu'elle crée des barrières à l'entrée empêchant l'accès de tout nouvel entrant⁸⁸.

91 Ce standard revient à protéger les concurrents sur le marché, une position généralement associée au mouvement **ordolibéral**⁸⁹. Le mouvement poursuit la protection d'un système concurrentiel, capable d'autoréguler l'économie privée et le pouvoir politique des entreprises, pour assurer la liberté économique et la stabilité des prix⁹⁰.

92 Ce standard a fait l'objet de **critiques**, notamment de la Cour suprême américaine, qui a rejeté cette interprétation du *Sherman Act*, en précisant que le législateur voulait protéger la concurrence et non les concurrents⁹¹.

5. La protection du processus concurrentiel

93 La protection de la liberté de concurrence ou du processus concurrentiel est également rattachée à la pensée ordolibérale (N 91), selon laquelle la concurrence est garantie par la liberté laissée aux agents économiques⁹². La protection du processus concurrentiel vise à garantir que l'Etat veille au **bon déroulement de la concurrence**⁹³ pour éviter l'oppression économique de la part d'une entreprise en position dominante⁹⁴.

94 Le standard s'intéresse au comportement des entreprises et détermine si celui-ci s'inscrit dans un **processus de concurrence** ou s'il en est suffisamment éloigné pour être illégal⁹⁵. Il équivaut à l'application d'une règle de raison (*Rule of Reason*) inspirée d'un précédent de la Cour suprême américaine, qui examine si le comportement de l'entreprise est de nature à aug-

87 Message LCart 1994, p. 477 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 14 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 17.

88 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 17.

89 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.69.

90 **MARTY**, *Bien-être du consommateur*, p. 485 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.69.

91 Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), p. 344.

92 CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**, art. 1 LCart n° 23.

93 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 427 ; **DRAUZ**, *Overview*, n° 1.18.

94 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 11.

95 **WU**, *Competitive Process*, p. 2.

menter la concurrence ou au contraire s'il supprime toute concurrence. La question est examinée à la lumière de l'historique du comportement adopté, de l'atteinte à la concurrence auquel il était censé répondre, de la raison pour laquelle il a été adopté et du but poursuivi par ce comportement⁹⁶.

Le standard est censé s'affranchir des difficultés pratiques posées par le standard du bien-être du consommateur (N73), à savoir la difficulté de démontrer que la violation d'une règle de droit de la concurrence lèse les consommateurs par **une hausse des prix**, ou la difficulté de prendre en compte la violation d'une règle qui affecte les consommateurs sans avoir d'influence sur les prix, notamment lorsque la qualité ou la quantité des produits sont affectées mais qu'aucune répercussion directe sur les prix n'est démontrable⁹⁷.

C. La politique de la concurrence dans les régimes examinés

Nous examinons ci-dessous quelles sont les politiques de la concurrence suisse (1.) européenne (2.) et américaine (3.).

1. La politique suisse de la concurrence

La Suisse n'a délibérément pas défini quel standard de protection s'applique en droit de la concurrence⁹⁸. Le législateur a choisi de ne pas inscrire sa législation dans une école théorique de la concurrence en particulier, mais a conclu qu'il devait plutôt adopter une **structure légale permettant aux autorités de s'adapter** aux évolutions de la doctrine en matière de marché et de concurrence⁹⁹.

Néanmoins nous pouvons déduire des **formulations utilisées** dans le Message, dans la jurisprudence de la Comco et dans la doctrine, que le législateur ou l'autorité protègent un standard de protection.

Le droit suisse de la concurrence actuellement en vigueur se fonde sur l'art. 31bis de l'ancienne Constitution fédérale¹⁰⁰. L'art. 31bis aCst. prévoyait que la Confédération prenait des mesures propres à augmenter le **bien-être général**.

D'après le Message du Conseil fédéral de la LCart de 1994, la concurrence remplit plusieurs fonctions. Elle « oriente l'offre selon les préférences du consommateur, conduit à l'engagement efficace des facteurs de production,

96 *Affaire Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918), p. 238 ; **WU**, *Competitive Process*, p. 2 ; **WU**, *Bigness*, p. 136.

97 **WU**, *Competitive Process*, p. 2.

98 **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 70.

99 Message LCart 1994, p. 513 s.

100 Message LCart 1994, p. 621.

crée des incitations à l'amélioration des prestations, encourage l'innovation et contraint à s'adapter sans cesse au changement. Le but premier de la politique de la concurrence est de créer sur les marchés de biens et de services les conditions de réalisation d'une **concurrence efficace**. Concurrence insuffisante est synonyme de prix trop élevés, d'offre réduite, de productivité stagnante et, finalement, de compétitivité moribonde à l'échelle d'une économie nationale »¹⁰¹.

101 La LCart vise une politique de la concurrence qui protège le droit d'exercer librement une activité économique et qui met les actes de concurrence des particuliers au service de « **l'intérêt général** »¹⁰². Le Message indique également que la LCart vise à protéger la concurrence en tant qu'institution permettant d'entrer librement sur le marché (N 90)¹⁰³. La LCart doit permettre aux agents économiques d'organiser aussi efficacement que possible leurs relations commerciales. Les performances qui en résultent profitent en règle générale à **l'ensemble de l'économie**, pour autant qu'il y ait eu concurrence¹⁰⁴.

102 Par ailleurs, le Message de la révision de la LCart du 22 février 2012 relève que la LCart de 1994 – en vigueur actuellement – ne poursuit pas un strict standard du bien-être du consommateur mais un standard du **bien-être macroéconomique** (« *gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt* »)¹⁰⁵.

103 Dans sa pratique décisionnelle, la Comco cite souvent le Message, indiquant que la concurrence doit assurer « l'efficacité des marchés dans leurs **fonctions statiques et dynamiques** » (« *die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz des Marktes* »), compte tenu des entrées actuelles et potentielles des concurrents et des barrières à l'entrée du marché. L'autorité ne mentionne pas l'efficacité productive¹⁰⁶. La formule fait appel aux critères composant le standard du bien-être des consommateurs (N 73) qui exclut la prise en compte de l'efficacité productive (N 76). Si l'autorité poursuivait le bien-être général, elle mentionnerait également l'efficacité productive (N 82).

101 Message LCart 1994, p. 477 ; CR Concurrence-**TERCIER/MARTENET**, *Introduction générale*, n° 6.

102 Message LCart 1994, p. 516.

103 Message LCart 1994, p. 505 ; **DUCREY**, *Fusionsgesetz*, p. 282.

104 Message LCart 1994, p. 477.

105 Message LCart 2012, p. 3668.

106 Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 244, p. 405 ; Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 201, p. 245 ; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 137, p. 610 ; Affaire *Dow Chemicals/CP Chemicals*, DPC 2008/2, n° 169, p. 308.

Selon certains auteurs, la LCart poursuit une politique mixte de protection **de la concurrence ainsi que du bien-être des consommateurs**¹⁰⁷. La poursuite du bien-être des consommateurs n'est ainsi pas absolue. Il se pourrait que l'autorité supprime une restriction jugée abusive et provoque une augmentation des coûts pour certaines catégories de consommateurs, si d'autres motifs liés au bon fonctionnement de la concurrence sont atteints¹⁰⁸.

D'autres auteurs soutiennent la poursuite d'un autre standard de protection, notamment la protection de la **liberté économique**¹⁰⁹, le **bien-être général**¹¹⁰, la protection de la **concurrence efficace**¹¹¹.

De notre point de vue, le droit suisse **ne poursuit pas un strict standard du bien-être du consommateur** car, dans le contrôle des concentrations, les gains d'efficacité qui sont réalisés par les parties à la concentration et qui bénéficient aux consommateurs ne sont pas pris en compte tant que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace¹¹². On en déduit que la suppression de la concurrence est un critère prépondérant aux gains d'efficacité favorables aux consommateurs. Ainsi, protéger la concurrence est plus important que protéger les consommateurs.

A l'analyse des sources précitées, il ressort qu'il n'est **pas aisé de définir** clairement en fonction de quels intérêts publics (N 68) le droit suisse est appliqué. La volonté du législateur de ne pas arrêter strictement un standard de protection dans le but de pouvoir s'adapter aux évolutions de la doctrine (N 97)¹¹³, a laissé un large champ libre aux commentateurs pour interpréter le droit, parfois en fonction de visions personnelles des auteurs. On peut relever que le débat est parfois mal situé : certains affirment que la fixation d'un standard de protection dans la loi ferait entrer des considérations politiques dans les décisions de l'autorité, ce qui devrait selon eux être évité¹¹⁴. Or toute marge de manœuvre laissée à une autorité telle que la Comco

107 CR Concurrence-**TERCIER/MARTENET**, *Introduction générale*, n° 194.

108 CR Concurrence-**TERCIER/MARTENET**, *Introduction générale*, n° 197; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 70.

109 **ZÄCH**, *Wettbewerbsfreiheit*, p. 20.

110 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 14.

111 **MERCIER/MACH/GILLIÉRON/AFFOLTER**, *Grands principes*, p. 629; BSK KG-**LEHNE**, art. 1 LCart n° 27; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 204.

112 **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 43; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 195; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 160. Cf. ég. *Rapport LCart*, p. 6.

113 Message LCart 1994, p. 513 s.

114 **KÜNZLER/ZÄCH**, *Konsumentenwohlstandsstandards*, p. 760; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 73.

est un espace d'expression de micropolitique dans la décision¹¹⁵. Par conséquent, l'introduction d'un standard de protection clair ne fait pas entrer des considérations politiques dans les décisions : elles en contiennent déjà. Un standard de protection permet au contraire de savoir quels intérêts publics – donc quelle politique – l'autorité doit mettre en œuvre.

2. La politique européenne de la concurrence

108 En droit européen, le standard du **bien-être des consommateurs** est souvent mentionné comme occupant une place centrale. Les consommateurs apparaissent à maints endroits dans le Règlement de la Commission sur le contrôle des concentrations 139/2004¹¹⁶. C'était déjà le cas sous l'empire de l'ancien Règlement 4064/89¹¹⁷, qui tenait compte des intérêts des consommateurs, ou qui devait tenir compte des progrès technologiques, à condition que ceux-ci soient à l'avantage des consommateurs¹¹⁸. Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales et non horizontales ont intégré le standard du bien-être du consommateur, qui apparaît à plusieurs reprises dans le texte¹¹⁹.

109 A notre avis, la Commission européenne n'applique pas un strict standard du bien-être du consommateur. En effet, en matière de contrôle des concentrations, la définition du consommateur comprend les intérêts de **tout consommateur**, intermédiaire ou final¹²⁰. Lorsqu'une concentration réalise des gains d'efficacité, il n'est pas nécessaire que le consommateur final en bénéficie¹²¹. En intégrant le consommateur intermédiaire, on comprend que, théoriquement à tout le moins, si une concentration génère des économies d'échelles chez les fournisseurs d'un produit ou un service et que le distributeur, client direct du fournisseur, peut bénéficier en partie d'une baisse de prix, mais que le consommateur final n'en bénéficie pas, le standard du bien-être du consommateur est néanmoins respecté.

115 **MOOR**, *Théorie micropolitique*, p. 102.

116 Règlement n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (Règlement 139/2004), consid. 29 et art. 2 al. 1 let. b ; **BELLIS**, *Droit européen de la concurrence*, p. 2 ; **LINDSAY/BERRIDGE**, *EU Merger Regulation*, n° 2-003.

117 Règlement n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989, relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises (Règlement 4064/89).

118 Règlement 4064/89, art. 1 al. 1 let. b ; **KAUFHOLD**, *Das Eingreißkriterium*, p. 180.

119 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, du 18 octobre 2008 (2008/C265/07) (Lignes directrices sur les concentrations non horizontales), para. 10, 15, 21, 31, 40, 44, 52, 53, 58, 59, 61, 72, 73, 78, 94.

120 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 16 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.65.

121 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 79.

Certains auteurs soutiennent que la Commission fait parfois une application 110
distant de ce standard dans ses décisions. Il apparaît également que la Commission ne met pas toujours le standard du bien-être des consommateurs au premier plan dans ses publications, telles que ses Lignes directrices, documents de travail et rapports d'activités¹²². Pour certains, la Commission poursuit davantage un but de **protection de la concurrence**, au profit du bien-être de l'Union européenne et, finalement, de celui des consommateurs¹²³.

La distinction entre un standard du bien-être du consommateur et un 111
standard de protection du bien-être général n'est cependant pas toujours nécessaire, dans la mesure où leur **résultat en termes économiques peut être identique** : tous les deux tendent à réduire le prix au niveau du coût marginal lorsqu'ils sont optimisés¹²⁴. La Commission peut ainsi autoriser une concentration lorsqu'elle a pour effet de maintenir un concurrent à même d'exercer une concurrence dans le futur, malgré des risques d'effets anti-concurrentiels immédiats pour les consommateurs¹²⁵.

Le document de travail des services de la Commission accompagnant le 112
rapport 2011 de la Commission sur la politique de concurrence est particulièrement parlant à cet égard. Il indique comme buts pour le droit de la concurrence européen de « **protéger la concurrence sur le marché** dans le but de servir le bien-être du consommateur, supporter la croissance, l'emploi et la compétitivité de l'économie européenne et encourager une culture de la concurrence »¹²⁶.

Le rapport de la Commission de 2018 indique favoriser un marché inté- 113
rieur concurrentiel au profit des entreprises et des consommateurs européens¹²⁷. Le document de travail des services de la Commission accompagnant le rapport 2018 indique que « la politique de concurrence de l'UE vise à **promouvoir une culture de la concurrence** au sein de l'UE, par exemple

122 **BELLIS**, *Droit européen de la concurrence*, p. 2; **BISHOP/WALKER**, *The economics of EC Competition Law*, n° 2-017; **LIANOS**, *Reflections*, p. 20; **SANTA MARIA**, *European Economic Law*, p. 480.

123 **BAILEY**, *Competition Law*, n° 1.016; **COOK/KERSE**, *Merger Control*, n° 7-065; **DRAUZ**, *Overview*, n° 1.18; **LORENZ**, *An Introduction*, p. 21.

124 **BISHOP/WALKER**, *The economics of EC Competition Law*, n° 2-018; **KORAH**, *Guide*, p. 12.

125 **COOK/KERSE**, *Merger Control*, n° 7-065.

126 **SERVICES DE LA COMMISSION**, *Document de travail 2011*, p. 2; **DASKALOVA**, *Consumer Welfare*, p. 149; **REYNA**, *European Consumer Welfare*, p. 1.

127 **COMMISSION EUROPÉENNE**, *Rapport sur la politique de concurrence 2018*, p. 1.

en encourageant une réglementation favorable à la concurrence»¹²⁸. Et, plus loin, il indique que «l'application des règles de concurrence de l'UE permet de faire en sorte que les marchés fonctionnent mieux dans l'intérêt des consommateurs, qu'il s'agisse des ménages ou des entreprises et de **la société dans son ensemble**»¹²⁹. Le bien-être du consommateur n'apparaît donc pas de manière prépondérante, mais parfois en filigrane, ou comme l'une des conséquences de la protection de la concurrence.

114 Dans le même esprit, l'ancien directeur général adjoint de la Commission, en charge du contrôle des concentrations, soutient que les règles du contrôle des concentrations visent à préserver des **structures de marché concurrentielles** afin que les consommateurs puissent bénéficier pleinement des effets positifs de la concurrence¹³⁰.

115 Il apparaît ainsi que la protection du bien-être du consommateur n'est plus nécessairement le but immédiat de la politique de la concurrence¹³¹. Selon certains auteurs, le but premier du contrôle des concentrations en Europe est de préserver l'intensité de la concurrence, soit le **processus concurrentiel**, au bénéfice des consommateurs¹³².

116 Concrètement, un tel standard permet à notre avis d'autoriser des concentrations qui péjorent à court terme le surplus du consommateur au profit du surplus des producteurs, pour créer ou maintenir une entité qui puisse concurrencer d'autres entreprises et, ainsi, à **plus long terme**, garantir une meilleure concurrence. Par exemple, cela permettrait à la Commission d'autoriser une concentration entre les 3^e et 4^e concurrents d'un marché, si l'envergure de l'entité résultante permettait plus efficacement de concurrencer les deux plus grandes entités du marché.

3. La politique américaine de la concurrence

117 Aux Etats-Unis, le standard de protection appliqué fait l'objet d'une divergence de point de vue marquée entre les autorités judiciaires et la doctrine¹³³. Tandis que les tribunaux appliquent généralement un standard de protection du **bien-être du consommateur**, demandant une preuve stricte de la

128 SERVICES DE LA COMMISSION, *Document de travail* 2018, p. 3.

129 SERVICES DE LA COMMISSION, *Document de travail* 2018, p. 3.

130 MOSSO, *Innovation*, p. 2.

131 BUTTIGIEG, *Consumer Interest*, p. 65; DASKALOVA, *Consumer Welfare*, p. 149.

132 LIANOS/KORAH/SICILIANI, *Competition Law*, p. 1569.

133 GINSBURG, *Bork's Legislative Intent*, p. 949.

part des autorités de la concurrence, d'une augmentation des prix pour les consommateurs finaux¹³⁴, la doctrine interprète généralement l'intention du législateur comme poursuivant des standards différents¹³⁵.

Le Department of Justice (DOJ) reconnaît que l'objectif principal du droit 118 de la concurrence est de maximiser le bien-être des consommateurs en encourageant les entreprises à se comporter de manière concurrentielle¹³⁶. Parfois les autorités inversent l'ordre de présentation des intérêts en indiquant protéger la concurrence, au bénéfice des consommateurs¹³⁷. Il en va ainsi dans les *Horizontal Merger Guidelines* publiées conjointement par les deux autorités de la concurrence américaines, le DOJ et la FTC, qui indiquent être conscientes que le droit de la concurrence donne la priorité à l'augmentation de la concurrence et non aux gains d'efficacité au profit des producteurs, pour protéger les consommateurs¹³⁸. Il en découle que le but poursuivi par le droit de la concurrence, selon le DOJ et la FTC, est la protection des consommateurs, **par une concurrence fonctionnelle**, qui prime l'augmentation de surplus du producteur. Les autorités peuvent déroger à la nécessité de gains de surplus immédiats au profit des consommateurs, lorsque la concentration fait apparaître une augmentation du surplus des consommateurs **à long terme**¹³⁹. Enfin, les autorités ont une définition large des consommateurs, puisqu'elles y incluent les individus, les entreprises et le gouvernement¹⁴⁰.

Selon certains auteurs, si les autorités reconnaissent au *Sherman Act* un 119 but de protection du consommateur, c'est sur un malentendu, respectivement, sur une **interprétation biaisée des débats du Congrès** par **BORK**, qui aurait substitué la doctrine qu'il défendait aux réelles intentions du législateur (N 70)¹⁴¹.

134 CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**, art. 1 LCart n° 14 ; **GINSBURG**, *Bork's Legislative Intent*, p. 949 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 104 ; **WU**, *After Consumer Welfare*, p. 4.

135 **GINSBURG**, *Bork's Legislative Intent*, p. 949 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 10 ; **SULLIVAN/HARRISON**, *Economic Implications*, p. 4 ; **WU**, *After Consumer Welfare*, p. 4.

136 Affaire *U.S. v. AT&T*, 310 F.Supp.3d 161 (2018), p. 194 ; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 990.

137 FTC & DOJ, *Annual Report 2017*, p. 1.

138 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10, p. 31.

139 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10, note 15, p. 31.

140 FTC & DOJ, *Annual Report 2017*, p. 1.

141 **WU**, *After Consumer Welfare*, p. 4.

- 120 Certains auteurs reconnaissent l'observation par le droit américain du standard du bien-être du consommateur¹⁴², d'autres lui prêtent un **but différent**. D'autres auteurs reconnaissent notamment au droit un but de protection du mécanisme du marché, en sanctionnant l'oppression économique¹⁴³, un but d'encouragement la concurrence¹⁴⁴ ou la poursuite de l'intérêt du consommateur, soit le bien-être à long terme du consommateur¹⁴⁵. D'autres encore lui attribuent le but de protéger les concurrents, en particulier les petits acteurs économiques face aux géants économiques¹⁴⁶.

D. Conclusions intermédiaires

- 121 Les développements précédents mettent en évidence que le débat visant à déterminer si un standard de protection existe dans le régime juridique examiné et, le cas échéant, de quel standard il s'agit, se situe en premier lieu au niveau légal, comme lorsque la doctrine américaine débat de l'interprétation du *Sherman Act* (N 117), puis, ensuite au niveau réglementaire, soit **au niveau de l'autorité**. C'est donc souvent l'autorité qui définit le but poursuivi par le droit.
- 122 En droit suisse, le législateur a expressément laissé ouverte la définition du standard de protection afin d'accorder une **marge de manœuvre** à l'autorité qui est libre de déterminer le standard applicable en fonction de l'évolution de la doctrine sur cette question (N 97).
- 123 Dans le régime européen, l'expression du standard du bien-être du consommateur apparaît principalement dans les Règlements de la Commission, ses rapports annuels et ses décisions. Le *Règlement 139/2004* ne laisse rien transparaître du standard à poursuivre. C'est donc à **la Commission** de déterminer quel standard de protection elle poursuit.
- 124 Aux Etats-Unis, chaque tenant d'un standard de protection du droit de la concurrence se revendique d'une interprétation des intentions du législateur au moment de l'adoption du *Sherman Act*. Un **écart s'est creusé** entre le standard appliqué par les autorités, soit celui de la protection du bien-être des consommateurs, et des standards exigeant davantage d'analyse économique, appelés de ses vœux par la doctrine (N 120).

142 **CRANE**, *Antitrust*, p. 9 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 104.

143 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 10.

144 **SULLIVAN/HARRISON**, *Economic Implications*, p. 4.

145 **BUTTIGIEG**, *Consumer Interest*, p. 46.

146 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 18 ; **WU**, *Bigness*, p. 54 ; cf. ég. **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 988 ; CR Concurrence-**MARTENET/TERCIER**, art. 1 LCart n° 26 ; **SALESNY**, *Wettbewerbsrechtskonzepte*, p. 233.

On relève qu'aucun des systèmes examinés ne fixe définitivement le standard 125 poursuivi. Cependant, chacun d'entre eux tend à défendre les intérêts des **consommateurs au sens large**, à savoir des consommateurs intermédiaires ou finaux en Suisse (N 109), des consommateurs en tant qu'individus, entreprises ou gouvernement aux Etats-Unis (N 118) et des consommateurs en tant que société dans son ensemble en Europe (N 113), en y incluant la prise en compte d'avantages directs pour les producteurs et pour la concurrence, lorsque ceux-ci peuvent améliorer le bien-être des consommateurs à plus long terme.

IV. Une conclusion

Ce chapitre nous a permis de définir d'abord les **notions de la concurrence** 126 sur lesquelles cette thèse s'appuie (N 51). Nous avons établi que les systèmes juridiques examinés recourent tous à des tests de contrôle des concentrations (N 55), lesquels sont composés de critères économiques ou structurels (N 57).

Nous avons ensuite identifié quelques **principes fondamentaux** de la 127 concurrence en tant que mode d'organisation de l'économie, structure de marché et type de comportement (N 59), ainsi que des conditions du marché qui optimisent son fonctionnement optimal (N 60 ss).

Nous avons enfin abordé la marge de manœuvre de l'autorité en matière 128 de politique de la concurrence (N 67), notamment lorsqu'elle définit le **standard de protection** du droit de la concurrence en tant qu'intérêt public (N 72). Ce dernier s'avère souvent difficile à identifier clairement alors qu'il est primordial dans la mise en œuvre du droit. En matière de contrôle des concentrations, le choix d'un test ou d'un autre ne peut pas s'envisager sans le choix d'un standard de protection à lui appliquer. Quels que soient les critères matériels constituant le test du contrôle des concentrations, le choix d'un standard de protection ou d'un autre peut en effet influencer de manière décisive l'examen d'une concentration (N 83).

Chapitre 2 :

Les sources du contrôle des concentrations

En application de la première étape de notre **méthode comparative** (N 20), 129 après avoir défini l'objet de la recherche (N 1 ss), et effectué le choix des systèmes juridiques (N 26 ss), nous devons à présent identifier quel ensemble de règles régit l'objet de la recherche dans chacun des droits et pourra être comparé. Nous devons ainsi déterminer selon une **approche fonctionnelle**, quelles sont les règles, dans chacun des trois systèmes juridiques, qui ont pour fonction de prévenir l'émergence d'effets anticoncurrentiels d'entreprises par le biais de concentrations¹⁴⁷.

Après avoir identifié les règles pertinentes de chaque système, nous en 130 présentons le contexte historique. Nous regroupons les règles selon leur hiérarchie, en fonction de l'**autorité qui les a promulguées ou adoptées**.

Nous traitons des sources en commençant par le droit **suisse** (I.), le droit 131 **européen** (II.), puis le droit **américain** (III.).

I. Le droit suisse

A. Les sources légales

1. La Constitution fédérale du 18 avril 1999

La Constitution fédérale garantit comme droit fondamental la **liberté éco-** 132 **nomique** (art. 27 Cst.). Celle-ci comprend notamment le libre exercice d'une activité économique lucrative privée (art. 27 al. 2 Cst.). Cet aspect de la liberté économique comprend le droit de déterminer librement ses rapports commerciaux et implique la liberté contractuelle, soit notamment le libre choix du co-contractant¹⁴⁸. Cette liberté fondamentale permet l'organisation aussi

147 **MÜLLER/MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER**, *Comparative Private Law*, n° 177 ss, n° 179.

148 Petit Commentaire Cst.-**MAHON**, art. 27 Cst n° 7; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 14.

efficace que possible par les agents économiques de leurs relations commerciales. Aussi longtemps que la concurrence existe, les performances en résultant profitent en règle générale à l'ensemble de l'économie¹⁴⁹.

133 La garantie constitutionnelle doit permettre au marché de fonctionner et donc de garantir le **libre jeu de l'offre et de la demande**. La concurrence doit garantir, d'une part, que les concurrents désireux d'accéder au marché ne voient pas leurs activités économiques entravées de façon inacceptable et, d'autre part, elle doit permettre l'apparition de processus économiques dynamiques et innovateurs profitables à tous, entreprises et consommateurs, en raison des gains d'efficacité qu'ils génèrent¹⁵⁰.

134 L'activité économique comme objet de la liberté économique doit être lucrative. L'activité des **consommateurs**, qui est économique mais non lucrative, n'est pas protégée¹⁵¹. Au contraire, les intérêts des consommateurs sont plutôt un élément de l'intérêt public qui justifie des restrictions à la liberté économique d'autrui¹⁵².

135 L'art. 96 Cst. donne une base constitutionnelle et un mandat législatif à la Confédération pour **légiférer en matière de concurrence**¹⁵³. La Confédération est en particulier chargée de lutter contre les conséquences sociales et économiques dommageables des cartels et des autres formes de limitation de la concurrence (art. 96 al. 1 Cst.)¹⁵⁴.

136 Le **contrôle des concentrations d'entreprises** s'inscrit dans la lutte contre les « autres formes de limitation de la concurrence » visées par l'art. 96 al. 1 Cst¹⁵⁵.

2. La LCart du 20 décembre 1962 (LCart-1962)

137 La première Loi fédérale sur les cartels et les organisations analogues date de 1962. Par « organisations analogues », la LCart-1962 entendait les puissances économiques qui dominent le marché sans pour autant que des accords formels ne soient conclus¹⁵⁶. Même si la mention n'était pas expressément faite dans la loi, elle visait tout de même les **concentrations d'entreprises** dont les effets pouvaient être nuisibles¹⁵⁷.

149 Message LCart 1994, p. 477.

150 Message LCart 1994, p. 478.

151 ATF 102 Ia 104, consid. 7.

152 Petit Commentaire Cst.-**MAHON**, art. 27 Cst. n° 8.

153 CR Concurrence-**TERCIER/MARTENET**, *Introduction générale*, n° 112.

154 **KLEY**, DIKE-KG, Vor Art. 1 LCart n° 57.

155 Petit Commentaire Cst.-**AUBERT**, art. 96 Cst. n° 7.

156 Message LCart 1961, p. 549 et p. 571.

157 Message LCart 1961, p. 571.

La loi assimilait les « organisations analogues » aux cartels. La Commission 138
pouvait procéder à des enquêtes sur la situation et l'évolution des cartels et
des organisations analogues en Suisse ou pouvait être chargée **d'enquêtes
spéciales** en vue d'établir si certains cartels ou certaines organisations ana-
logues avaient des effets nuisibles d'ordre économique ou social (art. 19 al. 2
LCart-1962)¹⁵⁸.

Le législateur n'avait pas inclus de régime de **contrôle préventif** des 139
concentrations, considérant qu'une concentration pouvait résulter en une
organisation analogue à un cartel, susceptible de déployer des effets anti-
concurrentiels¹⁵⁹.

3. La LCart du 20 décembre 1985 (LCart-1985)

En 1981, le Conseil fédéral a soumis au Parlement une révision totale de la loi 140
sur les cartels. En matière de contrôle des concentrations, la LCart-1985 a
instauré un **contrôle préventif** pour répondre aux critiques d'un système
qui s'accommodait de concentrations conduisant à des entités puissantes et
qui se bornait à contrôler leur comportement après coup¹⁶⁰.

Le projet de loi contenait un système de **devoir d'annonce** du projet de 141
fusion en fonction du nombre d'employés, du chiffre d'affaires ou de la part
de marché des entreprises parties. La notification obligatoire a, par la suite,
été supprimée lors des débats parlementaires¹⁶¹.

La loi contenait néanmoins une possibilité donnée à la Commission des 142
cartels d'ouvrir une enquête lorsqu'une fusion avait pour effet de « **créer ou
de renforcer une position qui influence le marché de façon détermi-
nante et s'il y a[vait] en outre des indices d'effets nuisibles d'ordre éco-
nomique ou social** » (art. 30 al. 1 LCart-1985)¹⁶².

D'après la LCart-1985, lorsque la Commission constatait qu'un cartel ou 143
une organisation analogue avait des effets nuisibles d'ordre économique ou
social, elle recommandait aux intéressés de modifier ou d'annuler certaines
clauses cartellaires ou certaines conventions tombant sous le coup de la loi,
de renoncer à certains comportements sur le marché ou **d'annuler une fu-
sion d'entreprises**¹⁶³. La loi ne permettait cependant à la Commission ni
d'interdire, ni de démanteler une concentration¹⁶⁴.

158 Message LCart 1961, p. 615 s.

159 Message LCart 1961, p. 571; cf. ég. Message LCart 1981, p. 1257.

160 Message LCart 1981, p. 1257.

161 Message LCart 1994, note n° 11, p. 483.

162 Message LCart 1981, p. 1340.

163 Message LCart 1981, p. 1339.

164 Message LCart 1994, p. 483.

4. La LCart du 6 octobre 1995 (LCart)

144 La LCart du 6 octobre 1995 est le texte actuellement en vigueur¹⁶⁵. En 1994, le Conseil fédéral a mis sur pied un vaste programme de **régénération de l'économie de marché** en Suisse. La LCart fait partie de la première tranche de ce programme¹⁶⁶.

145 Alors que, sous le régime de la LCart-1985, le test de contrôle des concentrations était essentiellement comportemental, les travaux qui ont mené à la LCart ont permis de constater que le test ne permettait pas d'appréhender les effets structurels de l'opération sur le marché et que ceux-ci devaient y être intégrés. Le régime légal est ainsi passé d'un système appréhendant principalement les effets liés aux comportements adoptés par les entités résultantes de la concentration, avec la création d'une « position qui influence le marché », à un système fondé essentiellement sur la modification de structure du marché, générés par la concentration, avec le contrôle de « **la création ou le renforcement d'une position dominante, capable de supprimer une concurrence efficace** »¹⁶⁷.

146 La LCart de 1995 introduit un contrôle préventif des concentrations à son art. 10. Les entités participant à la concentration doivent spontanément **annoncer leur projet d'opération** si celle-ci dépasse des valeurs-seuils en matière de chiffre d'affaires. La loi donne également de nouveaux outils à la Comco, qui doit désormais autoriser la concentration ou rendre une décision interdisant ou soumettant l'opération à des charges et conditions¹⁶⁸.

5. Le projet LCart 2012 (P-LCart)

147 La LCart (N144) a fait l'objet d'une **évaluation** en 2008 en vertu de l'art. 59a LCart, introduit par une modification législative du 20 juin 2003 mettant en œuvre le mandat de l'Assemblée fédérale d'évaluation de l'efficacité des mesures prises par la Confédération prévu à l'art. 170 Cst.¹⁶⁹.

148 Le rapport d'évaluation met notamment en évidence que le contrôle des concentrations est **insuffisant**. Il relève premièrement que le contrôle n'empêche pas efficacement des concentrations de marché importantes, aux effets

165 Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, du 6 octobre 1995 (Loi sur les Cartels, LCart; RS 251).

166 Message LCart 1994, p. 474.

167 Message LCart 1994, p. 483; **ZURKINDEN**, *Kartellgesetz*, p. 152.

168 Message LCart 1994, p. 495 et 572.

169 FF 2002 1911, p. 1935; Message LCart 2012, p. 3632; *Rapport LCart*, p. 4.

préjudiciables pour la concurrence. Deuxièmement, le rapport indique que le critère d'appréciation doit faire l'objet d'une nouvelle réglementation afin de prévenir l'accumulation de pouvoir économique de manière plus efficace. Et troisièmement, il constate que des doublons existent entre l'examen interne et international des concentrations et qu'il est souhaitable que ces doublons soient supprimés¹⁷⁰.

Le rapport relève en outre que le test actuel tolère non seulement des fusions affectant les partenaires commerciaux, soit les consommateurs et les entreprises actives sur les marchés situés en amont ou en aval, mais également qui ont pour effet de diminuer la prospérité globale¹⁷¹. Cette réforme propose que le test du contrôle des concentrations actuel soit **abandonné** au profit d'un test qui n'est plus uniquement fondé sur les cas de dominance de marché, mais appréhende toutes les concentrations affectant la concurrence de manière notable¹⁷².

Par conséquent, le Conseil fédéral propose **l'harmonisation du droit suisse au droit européen** qui prévoit un test mesurant l'entrave significative à la concurrence effective (N 56), afin de mieux prendre en compte les fusions aux effets préjudiciables à l'économie nationale, mais aussi pour supprimer la mobilisation inutile de ressources en cas de fusions sur le plan international¹⁷³.

Le Conseil fédéral propose donc de modifier le test du contrôle des concentrations en permettant à l'autorité de la concurrence d'interdire la concentration ou de l'autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu'il résulte de l'examen que la concentration « **entrave de manière significative la concurrence efficace** et ne génère pas pour les acheteurs des avantages en termes d'efficacité propres à la concentration qui soient prouvés par les entreprises participantes et vérifiables et qui compensent les inconvénients causés par l'entrave significative à la concurrence »¹⁷⁴.

Le 17 septembre 2014, le Conseil national a refusé l'entrée en matière pour la seconde fois, mettant ainsi **fin au processus de révision**¹⁷⁵.

170 Message LCart 2012, p. 3633; *Rapport LCart*, p. 10.

171 Message LCart 2012, p. 3655; *Rapport LCart*, p. 10.

172 Message LCart 2012, p. 3655; *Rapport LCart*, p. 10.

173 Message LCart 2012, p. 3656; *Rapport LCart*, p. 10.

174 FF 2012 3713, p. 3714 s.

175 BO 2014 CN 1563; BO 2014 CN 130.

6. L'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996

- 153 En matière de contrôle des concentrations, le Conseil fédéral a édicté des dispositions d'exécution de la LCart par **l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises**¹⁷⁶.
- 154 L'Ordonnance soumet en particulier les entreprises parties à la concentration au devoir de **fournir des informations** à l'autorité sur la structure des marchés dans lesquels elles sont actives et où elles envisagent leur concentration (p. ex. art. 11 OCCE).

B. Les normes de l'autorité

1. La note explicative de la Comco et formulaire d'une concentration du 21 octobre 2014

- 155 La Commission a publié une note explicative et formulaire d'une concentration, du 21 octobre 2014, servant à préciser quelles informations sont requises par l'art. 11 OCCE pour les **notifications de concentrations**, à faciliter le dépôt d'une notification complète et à permettre aux autorités en matière de concurrence de procéder à une mise en œuvre rapide et efficace de l'examen préalable de la concentration¹⁷⁷.

2. La communication du Secrétariat de la Comco *Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen* du 25 mars 2009

- 156 Le Secrétariat de la Comco a publié une Communication, *Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen*, du 25 mars 2009. La Communication, disponible uniquement en allemand, complète la note explicative du 21 octobre 2014 de la Comco (N 155). Elle est régulièrement mise à jour par le Secrétariat et contient la **pratique actuelle de l'autorité** sur des questions spécifiques (§ 1 Communication). La version actuelle a été adoptée le 1^{er} octobre 2019¹⁷⁸.

176 Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, du 17 juin 1996 (OCCE ; RS 251.4).

177 Note explicative et formulaire de la Commission de la concurrence, notification d'une concentration, du 21 octobre 2014, FF 2014 8152.

178 Communication du Secrétariat de la Comco, *Praxis zur Meldung und Beurteilung von Zusammenschlüssen*, du 25 mars 2009.

II. Le droit européen

A. Les sources légales

1. Les articles 101 à 109 TFUE

En Europe, le siège de la matière du **droit de la concurrence** est aux art. 101 157 à 109 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne¹⁷⁹. Les art. 101 et 102 TFUE règlent respectivement les accords illicites en matière de concurrence (art. 101 TFUE) et les abus de position dominante (art. 102 TFUE).

Aucune disposition spécifique ne porte sur le contrôle des concentrations 158 dans le traité. Cette **lacune** a d'abord dû être comblée par la jurisprudence de la Cour de justice, qui a confirmé l'application des actuels art. 101 et 102 TFUE aux concentrations¹⁸⁰.

Ces deux dispositions servent aujourd'hui de **fondement matériel** pour 159 les Règlements du Conseil 4064/89 et 139/2004, par renvoi de l'art. 103 TFUE qui charge le Conseil d'établir les Règlements et directives de mise en œuvre des art. 101 et 102 TFUE. Sur le plan de la compétence, l'art. 352 TFUE permet au Conseil d'adopter des dispositions pour agir, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités¹⁸¹.

2. Le Règlement du Conseil 4064/89/CE du 21 décembre 1989

Le **premier Règlement** portant sur le contrôle des concentrations, le Règle- 160 ment 4064/89, a été adopté le 21 décembre 1989 et est entré en vigueur le 21 septembre 1990¹⁸². Selon le Règlement 4064/89, la Commission européenne, par sa direction générale de la concurrence (ci-après « la Commission » ou « la DG Concurrence »), était chargée d'examiner toutes les concentrations de dimension communautaire, soit celles dont les parties réalisaient dans l'Union européenne un chiffre d'affaire dépassant certaines valeurs-seuils¹⁸³.

Le Règlement 4064/89 prévoyait que les opérations de concentrations 161 devaient être déclarées incompatibles avec le marché commun lorsqu'elles « **cré[ai]ent ou renforç[ai]ent une position dominante ayant comme**

179 Version consolidée du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, du 26 octobre 2012 (OJ C 326).

180 Affaire 6-72, *Continental Can c. Commission*, du 21 février 1973; Affaire 142 et 156/84, *British-American Tobacco Company et R. J. Reynolds Industries c. Commission*, du 17 novembre 1987; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.14 s; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 8, p. 3.

181 Règlement 139/2004, consid. 7; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 2.28; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 9, p. 3.

182 Règlement 4064/89 (cf. note 117).

183 Règlement 4064/89, art. 1 para. 2; **BATTISTA/BORTOLINI**, *Mergers*, p. 323; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 511.

conséquence qu’une concurrence effective serait entravée de manière significative dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci»¹⁸⁴.

3. Le Règlement du Conseil 139/2004/CE du 20 janvier 2004

162 Après onze ans de pratique du Règlement 4064/89, la volonté de soumettre davantage de concentrations à l’autorité unique européenne au lieu des multiples notifications au niveau des Etats Membres, la nécessité de combler les lacunes résultant de l’application d’un test de dominance, ainsi que le besoin d’une meilleure transparence et d’une meilleure flexibilité dans le contrôle des concentrations, ont conduit à la **révision** du Règlement en vigueur¹⁸⁵.

163 Par l’adoption du Règlement 139/2004 du 20 janvier 2004, entré en vigueur le 1^{er} mai 2004¹⁸⁶, la Commission a remplacé le test de dominance par l’introduction d’un **nouveau test**, le test SIEC (N 56).

164 Le but de la réforme est, d’une part, de passer d’un test fondé sur la structure du marché à un test axé davantage sur les **effets anticoncurrentiels** de la concentration et, d’autre part, de clarifier que le contrôle des concentrations tient compte des effets unilatéraux dans les marchés oligopolistiques et également des effets coordonnés et non coordonnés¹⁸⁷.

165 L’art. 2 § 2 du Règlement 139/2004 prévoit désormais que « les concentrations qui **n’entraveraient pas de manière significative** une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d’une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun »¹⁸⁸.

B. Les normes de l’autorité

1. La Communication de la Commission sur la définition du marché du 9 décembre 1997

166 La Communication sur la définition du marché, du 9 décembre 1997¹⁸⁹, vise à expliquer la manière dont la Commission **définit les marchés** de produits et

184 Règlement 4064/89, art. 2 para. 3.

185 **BATTISTA/BORTOLINI**, *Mergers*, p. 326 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.39 s ; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 512 s.

186 Règlement 139/2004 (cf. note 116).

187 **BATTISTA/BORTOLINI**, *Mergers*, p. 343 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 204 ; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 27.

188 Règlement 139/2004.

189 Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, du 9 décembre 1997 (97/C 372/03).

les marchés géographiques en cause en application du Règlement 4064/89¹⁹⁰. Cette communication est encore en vigueur sous le Règlement 139/2004 ; elle fait actuellement l'objet d'une révision par la Commission¹⁹¹.

2. Les Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales du 5 février 2004

Les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales, du 5 février 2004¹⁹², orientent sur la manière dont la Commission apprécie les concentrations dans lesquelles les entreprises concernées sont des concurrents existants ou potentiels sur **le même marché en cause**¹⁹³.

Elles visent à préserver les orientations tirées de la pratique décisionnelle antérieure et à tenir compte de la **jurisprudence antérieure** du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹⁴.

3. La Communication juridictionnelle codifiée de la Commission du 16 avril 2008

La Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le Règlement 139/2004, du 16 avril 2008¹⁹⁵, donne des indications sur les **questions juridictionnelles** qui peuvent se poser dans le cadre du Règlement 139/2004. Cette communication vise à permettre aux entreprises de déterminer, avant même de prendre contact avec les services de la Commission, si et dans quelle mesure le contrôle communautaire sur les concentrations leur est applicable¹⁹⁶.

Dans cette communication, la Commission regroupe les **principes généraux** qu'elle applique dans le contrôle des concentrations depuis le premier Règlement 4064/89 en 1990. La Commission rend ainsi plus transparente et prévisible sa pratique décisionnelle¹⁹⁷.

190 Communication sur la définition du marché, para. 1.

191 **VESTAGER**, *Defining Markets*.

192 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, du 5 février 2004 (2004/C31/03).

193 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 5.

194 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 4 et 6.

195 Communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le Règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, du 16 avril 2008 (2008/C 95/01).

196 Communication juridictionnelle, para. 1.

197 Communication juridictionnelle, para. 4.

4. Les Lignes directrices de la Commission sur l'appréciation des concentrations non horizontales du 18 octobre 2008

- 171 Les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, du 18 octobre 2008¹⁹⁸, donnent des orientations sur la manière dont la Commission apprécie les concentrations dans lesquelles les entreprises concernées sont actives sur « **différents marchés en cause** »¹⁹⁹.

5. Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables du 22 octobre 2008

- 172 La Communication concernant les mesures correctives recevables, du 22 octobre 2008²⁰⁰, a pour objet de définir des orientations en ce qui concerne les **modifications apportées** à des concentrations et notamment les engagements pris en ce sens par les entreprises concernées et qui permettent de résoudre les problèmes de concurrence soulevés par la Commission²⁰¹.

III. Le droit américain

A. Les sources légales

1. Le *Sherman Act* du 2 juillet 1890

- 173 Le *Sherman Act* du 2 juillet 1890 est en droit américain le **statut fondamental** du droit *antitrust*²⁰². Il a pour objet d'interdire les accords visant à restreindre le commerce ou les affaires (Sect. 1 *Sherman Act*) et la création de monopoles (Sect. 2 *Sherman Act*)²⁰³.
- 174 Le *Sherman Act* est formulé en termes généraux, laissant ainsi aux tribunaux une large **liberté d'interprétation**²⁰⁴. La jurisprudence a façonné le

198 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, du 18 octobre 2008 (2008/C265/07).

199 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 2.

200 Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission, du 22 octobre 2008 (2008/C 267/01).

201 Communication concernant les mesures correctives, para. 2.

202 The *Sherman Act*, 15 U.S.C. §§ 1-7 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 2 et note 1.

203 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 3 ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 72 s ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 2.

204 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 6 et 24.

droit américain de la concurrence tout au long du XX^{ème} siècle, parallèlement aux développements socio-économiques et aux tendances politiques²⁰⁵.

Sous l’empire du *Sherman Act*, les **fusions** étaient sujettes à contestation en application soit de la Sect. 2 qui interdit la création de monopoles, ou de la Sect. 1 qui interdit l’atteinte déraisonnable au commerce²⁰⁶.

L’introduction du seuil de **raisonnabilité de l’atteinte** à la concurrence par la Cour suprême dans l’une des premières décisions sous le régime du *Sherman Act*, l’affaire *Standard Oil* en 1911²⁰⁷, a soulevé de nombreuses critiques et conduit le législateur vers une **nouvelle loi** en 1914, applicable plus spécifiquement aux concentrations d’entreprises, le *Clayton Act*²⁰⁸.

2. Le Clayton Act du 15 octobre 1914

Suite à la décision *Standard Oil* en 1911 (N176) et l’introduction du critère de l’atteinte déraisonnable à la concurrence, une **insécurité juridique** s’est créée dans les règles antitrust américaines qui ne permettait pas de prévoir quel comportement causait une atteinte raisonnable à la concurrence et quels comportements étaient interdits²⁰⁹.

Parallèlement, les Etats-Unis connaissaient au début du XX^{ème} siècle une **vague de concentrations d’entreprises**²¹⁰ que le *Sherman Act* ne pouvait endiguer. Le *Sherman Act* était même partiellement responsable d’une tendance à la concentration, puisqu’en interdisant les accords et les joint-ventures, il encourageait la concentration d’entreprises²¹¹.

Le Congrès a adopté le *Clayton Act* du 15 octobre 1914²¹² dont la Sect. 7 concerne les concentrations d’entreprises²¹³. Le *Clayton Act* prévoit que « nul

205 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 6.

206 Affaire *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904), p. 199; Affaire *United States v. Union Pacific Railroad Co.*, 226 U.S. 61 (1912), p. 81; AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 758; OCDE, *Change of Merger Review*, n° 9, p. 4.

207 Affaire *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 125.

208 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 43.

209 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 43; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 80.

210 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 367 où la Cour supreme relève que “A fundamental purpose of amending § 7 was to arrest the trend toward concentration, the tendency to monopoly, before the consumer’s alternatives disappeared through merger”; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 74 et note 31.

211 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 74.

212 The *Clayton Act*, 15 U.S.C. §§ 12-27.

213 Aujourd’hui codifiée sous 15 U.S.C. § 1, Sect. 18. La référence se fait néanmoins couramment à la Section 7 du *Clayton Act*.

ne peut acquérir tout ou partie du capital d'une société si cette acquisition a pour effet de **diminuer substantiellement la concurrence** ou de créer un monopole »²¹⁴.

B. Les normes de l'autorité

1. Les *U.S. Non Horizontal Merger Guidelines* du Department of Justice du 14 juin 1984

180 Les *U.S. Non Horizontal Merger Guidelines*²¹⁵ ont été adoptées par le DOJ et font partie à l'origine de *Guidelines* au champ d'application plus large, les *U.S. Department of Justice Merger Guidelines* qui concernaient également les concentrations horizontales.

181 Les *U.S. Non Horizontal Merger Guidelines* décrivent les principales circonstances dans lesquelles le DOJ est susceptible de contester une **concentration conglomérale** devant les tribunaux²¹⁶.

182 Récemment, la doctrine a fréquemment relevé la **vétusté** de ces *Guidelines* en matière de concentrations verticales. En particulier, celles-ci ne faisaient pas mention de certains effets anticoncurrentiels potentiels des concentrations verticales²¹⁷.

183 En juin 2020, les considérations relatives aux concentrations verticales ont été **remplacées** par de nouvelles *Guidelines*²¹⁸.

2. Le *Policy Guide to Merger Remedies* du Department of Justice d'octobre 2004

184 Le DOJ a publié successivement plusieurs guides expliquant sa pratique pour des mesures correctives que les parties à une concentration peuvent proposer. Le dernier en date a été publié en 2011. Celui-ci a néanmoins été retiré dans le courant 2018 au profit du précédent, le *Policy Guide to Merger Remedies* du DOJ de 2004²¹⁹.

214 “the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly” Clayton Act, Sect. 7.

215 DOJ, *Non Horizontal Merger Guidelines*.

216 DOJ *Merger Guidelines* 1984, p. 23.

217 **AMERICAN BAR ASSOCIATION**, *Presidential Transition Report* 2012, p. 7 ; **AMERICAN BAR ASSOCIATION**, *Presidential Transition Report* 2017, p. 7 s ; **SALOP**, *Invigorating Vertical Merger Enforcement*, p. 13 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 556.

218 DOJ et FTC *Vertical Merger Guidelines*.

219 DOJ *Policy Guide to Merger Remedies* 2004 ; **DELRAHIM**, *It Takes Two*, p. 12.

3. Les U.S. horizontal merger Guidelines du Department of Justice et de la Federal Trade Commission du 19 août 2010

Les *U.S. Horizontal Merger Guidelines* de 2010²²⁰, publiées conjointement par le DOJ et la FTC, contiennent les principales techniques et pratiques d’analyse des deux autorités en matière de concentrations entre concurrents actuels ou potentiels sur le même marché²²¹.

La version précédente de ces *Guidelines*, datant de 2006, avait fait l’objet d’un commentaire publié conjointement par le DOJ et la FTC²²². Celui-ci demeure un supplément précieux aux *Guidelines* de 2010²²³.

4. Le Statement on Negotiating Merger Remedies de la Federal Trade Commission de janvier 2012

A l’instar du DOJ (N184), la FTC a également publié un guide présentant sa pratique dans la négociation et l’acceptation des **mesures correctives** présentées par les parties. Il s’agit du guide *Negotiating Merger Remedies* du mois de janvier 2012²²⁴.

5. Les Vertical Merger Guidelines du Department of Justice et de la Federal Trade Commission du 30 juin 2020

Le 10 janvier 2020, le DOJ et la FTC ont mis en consultation un **projet de nouvelles Guidelines** concernant les concentrations verticales, les *Vertical Merger Guidelines*²²⁵. Celles-ci ont vocation à s’appliquer uniquement aux concentrations verticales à l’exclusion des concentrations conglomerates²²⁶.

Les Agences les ont **adoptées le 30 juin 2020**²²⁷, relevant qu’elles s’unissent pour la première fois pour l’adoption de *Guidelines* sur l’appréciation des concentrations verticales qui n’avaient pas été revues depuis 1984 (N180)²²⁸.

220 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010.

221 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, p. 1.

222 DOJ/FTC, *Commentary* 2006, p. 1ss.

223 SHAPIRO, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 57.

224 FTC, *Negotiating Merger Remedies*.

225 DOJ, *FTC and DOJ Announce Draft Vertical Merger Guidelines for Public Comment*; DOJ et FTC Draft Vertical Merger Guidelines 2020.

226 DOJ et FTC Draft Vertical Merger Guidelines 2020, note 2.

227 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines 2020.

228 FTC, *FTC and DOJ Issue Antitrust Guidelines for Evaluating Vertical Mergers*.

Deuxième partie :

Le contrôle matériel des concentrations

Chapitre 3 :

Le test matériel du contrôle des concentrations en droit suisse

En application de la deuxième étape de notre **méthode comparative** (N 21), nous présentons ci-après chacun des systèmes juridiques. Nous commençons par le droit suisse. 190

Ce chapitre présente d'abord quelques généralités sur le test matériel permettant à la Comco d'intervenir dans les concentrations (I.) puis examine les phases du test, à savoir la détermination du marché pertinent (II.), les effets anticoncurrentiels susceptibles d'être engendrés en fonction du type de concentration (III.), le lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels (IV.), les facteurs de contrepoids compensant les effets anticoncurrentiels (V.) et les mesures correctives permettant de supprimer l'émergence d'effets anticoncurrentiels (VI.). Nous terminons par une conclusion (VII.). 191

I. Le test

Cette partie présente le test commençant par la base légale (A.), puis la définition (B.), les conditions (C.), la mise en œuvre (D.) et la pratique de l'autorité (E.). 192

A. La base légale

Le droit suisse du contrôle des concentrations trouve sa source aux art. 9 à 11 de la LCart (N 146). L'art. 9 LCart décrit les seuils et les conditions d'application du contrôle des concentrations. **L'art. 10 LCart traite du test matériel de la concentration** et l'art. 11 LCart porte sur une autorisation exceptionnelle de la concentration par le Conseil fédéral fondée sur des intérêts publics prépondérants. Les art. 9 et 11 LCart sont hors du champ d'analyse de cette thèse, qui porte exclusivement sur le test matériel du contrôle des concentrations (N 44 s.). 193

Selon l'art. 10 LCart, le test matériel du contrôle des concentrations vise à interdire ou soumettre à conditions une concentration qui « **crée ou renforce une position dominante capable de supprimer une concurrence** » 194

efficace et ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante» (art. 10 al. 2 LCart).

B. La définition

- 195 Les différents systèmes de droit de la concurrence connaissent des tests essentiellement structurels ou essentiellement comportementaux²²⁹. Le test suisse est un **test principalement structurel**. Il vise à appréhender les modifications de structure du marché, soit les augmentations des parts et du degré de concentration du marché, qui menacent la concurrence si l'opération crée ou renforce une position dominante capable de supprimer toute concurrence sur le marché²³⁰.
- 196 La position dominante mentionnée à l'art. 10 LCart a une définition identique à celle de l'art. 4 et l'art. 7 LCart²³¹. Elle se définit comme la situation dans laquelle se trouve une entreprise qui est à même de se comporter de manière **essentiellement indépendante** par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs) (art. 4 al. 2 LCart)²³². Se comportent de manière indépendante les entreprises qui peuvent imposer leur propre politique de prix, sans égard à leurs concurrents ou en pouvant compter sur leur acquiescement à celle-ci²³³. Un comportement indépendant par rapport aux autres participants au marché signifie également que la gamme et la qualité des produits proposées par l'entreprise en position dominante ne sont pas influencées par les concurrents²³⁴.
- 197 Le test suisse présente des parallèles avec l'**ancien test de dominance européen** de 1989 en vigueur au moment de l'adoption de la LCart, qui pré-

229 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 6; **HOFFET**, *Unternehmenskonzentration*, n° 10.23.

230 Message LCart 1994, p. 507, 521 et 522; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 11 et 19; **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 26; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 6; **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 25; **WOHLMANN**, *Versagen*, p. 355; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 3; **ZURKINDEN**, *Kartellrecht*, p. 73.

231 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 127.

232 Affaire *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*, DPC 2016/4, n° 43, p. 1062; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 1594; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 119; **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 163; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 241; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 12; **ZURKINDEN**, *KG-Revision*, p. 108.

233 DPC 1998/2, p. 278, *UBS/SBV*, ch. 144; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 27.

234 **SCHMIDHAUSER**, *Komm. KG*, n° 66 ad art. 4 LCart.

voyait la possibilité pour l'autorité d'interdire une concentration qui crée ou renforce une position dominante capable d'entraver de manière significative la concurrence effective²³⁵.

C. Les conditions

D'après l'affaire *Swissgrid* du Tribunal fédéral, la concentration doit conduire 198 à une **position dominante qualifiée** allant au-delà de la notion de position dominante de l'art. 7 al. 1 LCart pour qu'une intervention de la Comco puisse avoir lieu²³⁶. La création ou le renforcement de la position dominante doit concrètement et durablement modifier les conditions du marché dans le sens d'une suppression d'une concurrence efficace afin que la Comco puisse intervenir²³⁷. A défaut, une intervention n'est pas justifiée²³⁸. Une telle situation nécessite pratiquement la création d'une entité monopolistique²³⁹. Il n'est cependant pas toujours nécessaire que tous les concurrents soient exclus du marché. Il suffit que ceux-ci ne puissent plus adopter un comportement de concurrent après l'opération²⁴⁰.

Selon le Tribunal fédéral, la condition de la suppression de la concurrence 199 potentielle est une **condition indépendante** de la création ou du renforcement de la position dominante²⁴¹. Par conséquent, si le marché est déjà dépourvu de toute concurrence avant la concentration et qu'aucun concurrent ne peut entrer sur le marché dans le futur, la concentration ne remplit pas la condition de la capacité à supprimer une concurrence efficace et la Comco ne peut donc pas intervenir pour l'interdire ou la soumettre

235 Règlement 4064/89 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 5 ; **SCHERRER**, *Fusionskontrolle*, p. 1382.

236 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 56 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 128 ; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 28 ; **HEINEMANN/KELLERHALS**, *Wettbewerbsrecht*, p. 101 ; **PRÜMMER**, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 58 ; **REICH**, *Stämpflis Handkommentar KG*, n° 25 ad art. 10 LCart ; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 260. Cf. ég. **VON BALLMOOS**, *Marktbeherrschende Stellung*, p. 299.

237 Message LCart 1994, p. 577 ; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 204 ; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 3.

238 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.4, p. 324.

239 Affaire *Berner Zeitung / Tamedia*, TF 2A.327/2006, DPC 2007/2, n° 6.4, p. 335 ; Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328 ; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 195.

240 Affaire *Berner Zeitung / Tamedia*, TF 2A.327/2006 du 22.2.2007, DPC 2007/2, n° 6.4, p. 335 ; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 462, p. 185.

241 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 327.

à conditions²⁴². Par cette jurisprudence, le Tribunal fédéral a rendu le test de contrôle des concentrations plus souple pour les entreprises fusionnant sur un marché déjà privé de concurrence efficace avant l'opération²⁴³.

200 Ainsi, la position dominante de l'entreprise résultante, même avec une part de marché très importante, ne suffit pas nécessairement à elle seule à supprimer toute concurrence²⁴⁴. La liberté des entreprises dans leur comportement concurrentiel sur le marché est soumise à la discipline imposée par la concurrence actuelle et future²⁴⁵. L'examen du critère de la suppression de la concurrence efficace doit être réalisé d'un point de vue dynamique, ce qui implique que la concentration doit ouvrir la possibilité de supprimer la concurrence potentielle²⁴⁶. La **position dominante prévisionnelle** des parties sur le marché après la concentration est déterminée par la capacité de la concurrence actuelle et potentielle à produire un effet disciplinant suffisant sur l'entité résultante²⁴⁷. Selon le Message, l'autorité doit anticiper les perspectives du marché pour les deux à trois années à venir²⁴⁸. La Comco doit fonder son analyse sur des éléments suffisamment solides et non sur un simple pronostic spéculatif²⁴⁹.

201 L'existence d'une concurrence active **sur le plan international** peut également justifier une concentration potentiellement susceptible de supprimer la concurrence efficace sur le marché suisse (art. 10 al. 4 LCart)²⁵⁰.

242 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328; Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 214, p. 899.

243 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 56; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 21.

244 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 165, p. 290; Affaire *Siemens/Elektrowatt*, DPC 1997/4, n° 33, p. 540.

245 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 58; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 20; **REICH**, *Stämpflis Handkommentar KG*, n° 28 ad art. 10 LCart.

246 Message LCart 1994, p. 577; Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 30; **REICH**, *Stämpflis Handkommentar KG*, n° 31 ad art. 10 LCart.

247 Affaire *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*, DPC 2016/4, n° 44, p. 1062; Affaire *JobCloud/JobScout24*, DPC 2015/3, n° 73, p. 507; Affaire *Tamedia/ricardo.ch*, DPC 2015/3, n° 55, p. 470; Affaire *Tamedia/Starticket*, DPC 2013/3, n° 30, p. 380; Affaire *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*, DPC 2013/2, n° 63, p. 271; Affaire *Orell Füssli/Thalia*, DPC 2013/2, n° 38, p. 243; Affaire *PubliGroupe/ImproveDigital*, DPC 2013/1, n° 31, p. 93.

248 Message LCart 1994, p. 577; Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 240, p. 383; Affaire *Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM*, DPC 2006/2, n° 90, p. 261; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 58; **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 701.

249 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 4 et 6.

250 CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 141.

D. La mise en œuvre

Le législateur a renoncé à établir un **catalogue de critères permettant d'établir l'existence d'une position dominante** et a préféré proposer une définition ouverte, s'éloignant ainsi du système de l'ancienne LCart-1985 (N 140 ss) qui établissait une liste de critères. La pratique avait démontré que la réunion des critères ne permettait pas de conclure directement à l'existence d'une position dominante et qu'une telle conclusion n'était possible qu'à la lumière de l'analyse du cas particulier²⁵¹.

Parmi les critères utilisés par la Comco, la part de marché ainsi que sa modification par l'effet de la concentration sont les **critères les plus significatifs**²⁵². La Comco prend en compte d'autres facteurs, notamment la structure du marché considéré, soit son degré de concentration ; le nombre, la qualité et la situation des concurrents potentiels²⁵³. Parallèlement, le niveau des barrières à l'entrée au marché discipline les entreprises déjà installées, de même que le niveau d'interchangeabilité des produits offerts par les parties²⁵⁴. Ainsi l'autorité examine la possibilité d'une entreprise de se comporter de manière indépendante de ses partenaires, ainsi que la présence ou l'absence de concurrence potentielle²⁵⁵.

Depuis la révision de 2003²⁵⁶, le critère du pouvoir relatif de marché, soit la **dépendance individuelle** d'entités aux parties à la concentration n'entre plus dans le contrôle des concentrations. La création d'une entité disposant d'un important pouvoir de marché contre un co-contractant seul, fortement dépendant, de l'entité résultante, n'est pas un critère permettant l'interdiction de la concentration. Seule une dépendance de groupe, de toute une catégorie de fournisseurs, dépendant fortement des parties à la concentration (lorsque ces fournisseurs réalisent avec elles au moins 30% de leur chiffre d'affaires) peut faire obstacle à la concentration²⁵⁷.

La Comco examine la nature des effets anticoncurrentiels de la concentration, qui seront différents en fonction du **type de concentration**, qu'elle soit horizontale, verticale ou conglomerale (N 54).

251 Message LCart 1994, p. 547.

252 CR Concurrence-**CLERC/KELLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 136 ; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 39.

253 Message LCart 1994, p. 547.

254 Message LCart 1994, p. 521 et 522 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 11 et 12.

255 Message LCart 1994, p. 547.

256 Message LCart 2001, p. 1911 ; Affaire *Denner/Pick Pay*, DPC 2006/1, n° 57, p. 138.

257 Message LCart 2001, p. 1933 ; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, Dispositif 1.2., p. 661 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 57.

E. En pratique

206 Avant la jurisprudence *Swissgrid* du TF en 2007 (N 198 ss), la Comco examinait la suppression de la concurrence en un examen unique avec la création ou le renforcement de la position dominante²⁵⁸.

207 Après l'arrêt du TF, la Comco a semblé, pour un temps, réticente à traiter les deux critères de manière distincte. Elle a considéré dans ses décisions *Post/NZZ/Tamedia* et *Post/Tamedia*²⁵⁹, *Tamedia/PPSR*²⁶⁰, *Coop/Carrefour*²⁶¹ et *Dow Chemicals / CP Chemicals*²⁶² rendues entre 2008 et 2009, que la position dominante sur un marché défini conduit en règle générale à une possible suppression de la concurrence efficace. Selon l'autorité, un contrôle en deux étapes conduirait à l'**examen à double des mêmes critères**, à savoir tant pour la position dominante que pour la suppression de la concurrence efficace, le maintien de l'efficacité allocative (N 75) et de l'efficacité dynamique (N 79) du marché compte tenu de la concurrence actuelle et potentielle, des conditions d'entrée et de sortie du marché ainsi que des entraves à la mobilité²⁶³.

208 Sur le plan formel, **la procédure de contrôle** par la Comco s'effectue en deux étapes. Dans un premier temps, la Comco, sur la base d'un examen préalable de la concentration (art. 32 al. 1 LCart), doit déterminer si des indices laissent apparaître que celle-ci crée ou renforce une position dominante (art. 10 al. 1 LCart)²⁶⁴.

209 Dans cette **première étape** du test, l'autorité doit :

- Identifier les **marchés** concernés par la concentration²⁶⁵ ;
- **Déterminer la position** conférée à l'entité résultante sur ces marchés en fonction de la position des entreprises participantes. Elle analyse notamment leur part de marché, la structure de l'entreprise concernée,

258 Affaire *Swissgrid*, DPC 2005/2, n° 40 ss, p. 351 ss et n° 82, p. 354.

259 Affaire *Post/NZZ/Tamedia* et *Post/Tamedia*, DPC 2009/4, p. 383.

260 Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, p. 245.

261 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, p. 593.

262 Affaire *Dow Chemicals / CP Chemicals*, DPC 2008/2, p. 289.

263 « *die Sicherung der allokativen und dynamischen Effizienz des Marktes unter Berücksichtigung des tatsächlichen und potentiellen Wettbewerbs, der Ein- und Austrittsbedingungen und der Mobilitätsbarrieren* », affaire *Post/NZZ/Tamedia* et *Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 244, p. 405 ; Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 201, p. 245 ; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 137, p. 610 ; Affaire *Dow Chemicals / CP Chemicals*, DPC 2008/2, n° 169, p. 308.

264 Message LCart 1994, p. 475 ; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 9 ; **TSCHÄNNI**, *M&A Transaktionen*, n° 40.

265 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 59, p. 391.

le degré d'indépendance par rapport aux partenaires des entreprises, le comportement des entreprises concernées sur le marché et l'existence ou l'absence de concurrence potentielle. En fonction de ces critères, l'autorité détermine si l'opération présente des indices qu'elle crée ou renforce une position dominante de l'entreprise résultante²⁶⁶.

Dans une **seconde étape**, lorsque l'examen préalable fait apparaître des in- 210
dices en ce sens, la Comco procède à un examen approfondi, lequel doit :

- démontrer que cette position dominante est susceptible **d'éliminer toute concurrence**²⁶⁷ ;
- déterminer si la concentration est **liée causalement** à la suppression de la concurrence²⁶⁸ ;
- déterminer si les effets anticoncurrentiels sont compensés par une **amélioration des conditions de concurrence** sur un autre marché²⁶⁹ ;
- déterminer si les parties peuvent prendre des **engagements** de nature à annihiler les effets anticoncurrentiels²⁷⁰.

A l'issue de l'examen approfondi, la Comco pourra **interdire ou autoriser**, 211
moyennant éventuellement des conditions ou des charges, la concentration qui crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace et qui ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 let. a et b LCart).

Le test suisse est censé ne concerner qu'une minorité de concentrations 212
d'entreprises. Le Message prévoit que « seules **peu de concentrations** doivent être touchées et qu'une notification de l'opération par les parties ne doit être requise obligatoirement que si des valeurs-seuils élevées sont atteintes. L'autorisation ne doit être refusée qu'aux concentrations à même de supprimer la concurrence efficace, ce qui existe rarement et essentiellement sur des marchés difficiles d'accès pour des nouveaux concurrents »²⁷¹.

266 Cf. p. ex : Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 129 ss, p. 400.

267 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 460 ss, p. 674 ; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 18 ; **DUCREY**, *Verfahren*, p. 310.

268 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328 ; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 385, p. 666.

269 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 473 s, p. 676.

270 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 476, p. 676.

271 Message LCart 1994, p. 475 ; **DUCREY**, *Fusionsgesetz*, p. 282 s.

- 213 Dans la pratique, sur 741 décisions notifiées entre 1997 et 2019²⁷², nous avons identifié **trois concentrations interdites**²⁷³, soit 0.40% et 22 autorisées moyennant le respect de charges et de conditions, soit 2.97%. En outre, au moins trois concentrations ont été abandonnées par les parties alors que l'autorité exprimait des doutes sur leurs chances d'aboutir²⁷⁴. Il est possible que d'autres abandons de ce type aient eu lieu, sans publication²⁷⁵. En effet, pour l'une d'entre elles, la concentration *Schäer Thun / Berner Tagblatt Medien*, le rapport d'activité indique que la décision est à paraître aux DPC mais ce ne sera finalement pas le cas²⁷⁶. Les concentrations notifiées ne sont en effet pas systématiquement publiées aux DPC, puisque, durant la même période, seules 628 décisions ont été publiées²⁷⁷.
- 214 Curieusement, les statistiques utilisées dans la première étude d'experts commandée par le SECO (N 7), reprises d'une précédente publication²⁷⁸, ne **reflètent pas les publications de la Comco**, ni dans ses rapports d'activités, ni dans les publications aux DPC. Pour illustrer ceci, nous nous fondons d'abord sur le fait que pour la période de 1998 à 2016, les auteurs indiquent que la Comco a contrôlé 487 concentrations en se basant sur les DPC²⁷⁹. Or d'après les rapports d'activités publiés aux DPC, sur cette période, la Comco a reçu 613 notifications, a clôturé 560 concentrations après un examen préliminaire et a conduit 48 examens approfondis. Par ailleurs, 531 décisions ont été publiées²⁸⁰. On peine à comprendre comment les auteurs ont pu parvenir à 487 opérations au vu de ces données. Ensuite, les auteurs indiquent par exemple qu'en 2008, 46 concentrations ont été contrôlées et 13 en 2011, alors que le rapport d'activité de la Comco en fait état de 42, respectivement de 29 durant ces années-là, ce qui correspond également au nombre de concentrations publiées aux DPC. Enfin, en 2001, les auteurs n'ont pas identifié d'exa-

272 Comco, Rapports annuels 1997 à 2019.

273 Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, p. 616ss; Affaire *France Télécom / Sunrise*, DPC 2010/3, p. 499ss; Affaire *Berner Zeitung / 20 Minuten*, DPC 2004/2, p. 529ss.

274 P. ex. *Neue Luzerner Zeitung / Anzeiger Luzern*, DPC 2004/1, p. 38; *Crédit Suisse / Bank Linth*, DPC 2003/1, p. 28; *Schär Thun / Berner Tagblatt Medien*, DPC 1999/1, p. 34.

275 **MARTENET/HEINEMANN**, *Concurrence*, p. 156.

276 Comco, *Rapport d'activité annuel 1998*, DPC 1999/1, p. 34.

277 Cf. Annexe I; DPC 1997/2 à 2019/4.

278 **RUTZ/KARAGÖK**, *Optimal Merger*, p. 9.

279 **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 19.

280 Comco, *Rapports d'activités annuels*, DPC 1998-2017; Comco, *Concentrations d'entreprises*, DPC 1998-2016.

men approfondi, alors que la Comco en a conduit deux qui ont abouti à des décisions publiées²⁸¹. Toutes les deux ont également été notifiées en 2001, si bien qu’il est impossible que les auteurs les aient comptées sur une autre année. D’autres différences existent entre cette étude et les rapports et publications aux DPC de la Comco, mais ces exemples nous suffisent pour ne pas nous référer à ces chiffres.

Affaire	DPC
Berner Zeitung / 20 Minuten *	2004/2, p. 529
France Télécom / Sunrise	2010/3, p. 499
Ticketcorner / Tamedia / Starticket	2018/3, p. 616
* Décision renversée par la Commission de recours	

215

Concentrations interdites par la Comco depuis 1997.

II. La détermination du marché pertinent

Après quelques remarques générales (A.), nous examinons ici les tests de détermination du marché pertinent appliqués par la Comco (B.), avant d’apporter des conclusions intermédiaires (C.).

216

A. Remarques générales

Le contrôle des concentrations appréhende les concentrations d’entreprises qui créent ou renforcent une position dominante qualifiée (N194). La position dominante appelle la notion définie à l’art. 4 al. 2 LCart (N196). Or cette position dominante ne peut exister qu’en relation avec un **marché déterminé**²⁸². Le contrôle de la concentration ne peut donc s’effectuer qu’en tenant compte des effets de l’opération sur un marché défini²⁸³.

217

La Comco détermine d’abord quels sont les **marchés pertinents** concernés par la concentration, sur lesquels celle-ci peut engendrer des effets anticoncurrentiels²⁸⁴. Le marché pertinent est délimité par une composante relative au produit distribué ainsi que par une zone géographique

218

281 Affaire *Tamedia/Belcom*, DPC2001/4, p. 721; Affaire *GE/Honeywell*, DPC2001/3, p. 562; cf. ég. **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 45.

282 CR Concurrence-**CLERC/KELLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 1 et 62.

283 **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 366; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 261; **ZURKINDEN**, *Kartellrecht*, p. 73; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 8.

284 **BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 20.

(art. 11 al. 3 OCCE). Une fois ceux-ci identifiés, l'autorité établit la part de marché des entreprises participantes, ainsi que celle de l'entreprise résultante²⁸⁵.

219 Par marché des **produits**, on entend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE)²⁸⁶.

220 Par marché **géographique**, on entend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE)²⁸⁷.

221 Un marché géographique englobe la zone dans laquelle des conditions homogènes de concurrence sont présentes²⁸⁸. Celle-ci peut s'étendre en deçà mais aussi au-delà du marché suisse et comprendre l'Union européenne ou le monde entier²⁸⁹. Si le fournisseur d'un produit est à même de pratiquer des prix différents dans deux zones différentes et qu'aucun **arbitrage de prix** ne peut intervenir, elles constituent deux marchés géographiques différents.

222 La notion de marché des produits et de marché géographique est la même dans le contrôle des concentrations que dans les accords illicites (art. 5 LCart)²⁹⁰ et dans les abus de position dominante (art. 7 LCart)²⁹¹. La **jurisprudence** portant sur la définition du marché dans ces domaines est donc applicable en principe dans le domaine du contrôle des concentrations²⁹².

223 La **qualification du marché** est variable et la Comco se garde dans ses décisions de circonscrire de manière définitive les marchés qu'elle examine. Leur identification, réalisée principalement selon le point de vue des consommateurs (art. 11 al. 3 OCCE), et leur étendue sont toujours très spécifiques au produit ou au service offert par les entreprises participantes²⁹³.

224 L'autorité détermine ensuite quels sont les marchés **affectés** par la concentration. Par marché affecté, on entend tout marché sur lequel les entre-

285 **COMCO**, *Formulaire concentration*, II. 4, p. 9; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 62.

286 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 65; **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 371.

287 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 97; **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 372.

288 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 48; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 99.

289 **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1768.

290 Cf. BSK KG-**KRAUSKOPF/SCHALLER**, art. 5 LCart n° 100.

291 BSK KG-**AMSTUTZ/CARRON**, art. 7 LCart n° 18.

292 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 42.

293 Affaire TF *Pfizer*, ATF 141 II 66, consid. 3.2, DPC 2015/1, p. 138; Affaire AZ *Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 68, p. 873; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 39 et 41.

prises participantes détiennent ensemble plus de 20% ou sur lequel l'une d'entre elles détient à elle seule plus de 30% des parts de marché (art. 11 al. 1 let. d OCCE) (N 153). Lorsque ces seuils ne sont pas atteints, la concentration ne pose pas de problème du point de vue de la concurrence et la Comco ne procède pas à un examen approfondi²⁹⁴.

La définition du marché joue un rôle décisif dans la détermination des **effets anticoncurrentiels** générés par la concentration examinée²⁹⁵. Le risque que la concentration génère des effets anticoncurrentiels dépend largement de la structure du marché et de la position des parties sur celui-ci. Ainsi la définition du marché influence directement la position relative que les parties y occupent. Cependant, certains tests de substituabilité des produits des parties de leurs concurrents peuvent être réalisés sans avoir circonscrit un marché précis auparavant²⁹⁶.

En pratique, afin de définir le marché des produits et le marché géographique, la Comco définit **une hypothèse de travail**. Elle part d'un marché particulièrement restreint et conduit une série de tests pour déterminer la substituabilité des produits sur une zone géographique donnée. Si des produits extérieurs à cette hypothèse de travail sont substituables du côté de la demande, c'est à dire si les partenaires de l'échange peuvent à brève échéance détourner leur commande vers d'autres fournisseurs du produit, la Comco inclut dans son hypothèse les capacités de production de ces producteurs²⁹⁷. La substituabilité au niveau de l'offre, à savoir la capacité pour des fournisseurs d'offrir de nouveaux produits ou services à bref délai et sans coût supplémentaire substantiel, peut être utilisée comme critère supplémentaire de définition du marché en cause²⁹⁸. Si à ce stade l'hypothèse de travail ne révèle pas d'indice permettant de conclure que la concentration crée ou renforce une position dominante, la Comco conclut que la concentration ne soulève pas de problème de concurrence et autorise les parties à la réaliser sur la base de l'art. 16 al. 1 OCCE²⁹⁹.

294 Affaire *Energiedienst Holding AG/Hälg & Co. AG/Inretis Beteiligungen AG*, DPC 2017/2, n° 99, p. 310; Affaire *Post/SBB/SwissSign*, DPC 2017/2, n° 146, p. 299; Affaire *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*, DPC 2017/1, n° 43, p. 119; Affaire *Mubadala/IPIC*, DPC 2017/1, n° 15, p. 117; Affaire *Gétaz Romang/Miauton*, DPC 2000/1, n° 17, p. 54.

295 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 39.

296 **RAASS**, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich*, p. 676.

297 **COMCO**, *Formulaire concentration*, II. 4, p. 9; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 68; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 47.

298 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 85.

299 Affaire *Fenaco/Granador*, DPC 2007/3, n° 20, p. 469; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 24 et 44.

B. Les tests de détermination du marché pertinent

227 Afin de déterminer les marchés concernés par la concentration, la Comco recherche des précédents (1.), puis recourt à des tests quantitatifs (2.) et à d'autres éléments d'appréciation (3.).

1. L'utilisation de précédents

228 Pour définir les marchés géographiques et des produits, la Comco s'inspire parfois de **ses propres précédents**. Les concentrations peuvent en effet survenir sur des marchés similaires à ceux déjà examinés dans une décision antérieure³⁰⁰.

229 La Comco considère également des précédents issus de la pratique **d'autorités étrangères**, comme la Commission européenne³⁰¹, ou le Bundeskartellamt allemand³⁰².

230 Les définitions précédentes doivent néanmoins être utilisées avec précaution. En effet le marché étant défini principalement du point de vue des consommateurs (N 223), celui-ci est susceptible de **varier** substantiellement d'un cas à l'autre et au cours du temps, ce qui nécessite une nouvelle détermination dans le cas concret³⁰³.

2. Les tests quantitatifs

231 Dans la définition du marché géographique et des produits, la Comco utilise des **tests quantitatifs**, fondés sur les données que l'autorité peut collecter ou dont elle dispose.

232 Par tests quantitatifs, on entend le traitement d'un nombre significatif de données afin d'en extraire une tendance représentative du comportement d'un grand nombre de personnes³⁰⁴. Dans le cas d'espèce, il s'agit de tests économétriques (N 58) permettant de déduire la **modification du comportement des consommateurs** d'un produit, en fonction de la modification des paramètres de sa distribution, soit notamment son prix, sa quantité ou sa

300 ICN, *Merger guidelines workbook*, 4.A.10; Affaire *TNT Swiss Post / FedEx Express Switzerland*, DPC 2018/4, n° 42, p. 998; Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, n° 69, p. 874.

301 Affaire *TNT Swiss Post / FedEx Express Switzerland*, DPC 2018/4, n° 46, p. 999.

302 Affaire *Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland*, DPC 2018/4, n° 152, p. 1029; Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 228, p. 644.

303 Affaire *TF Pfizer*, ATF 141 II 66, consid. 3.2, DPC 2015/1, p. 135; Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, n° 68, p. 873.

304 Cf. **AMMANN**, *International Law*, p. 491; **WEBLEY**, *Qualitative Approaches*, p. 928.

qualité, ou l'évolution des prix d'un produit en fonction du prix d'un autre produit par exemple³⁰⁵. D'après les décisions de la Comco, nous avons identifié les tests suivants :

1° Le test du monopoleur hypothétique (SSNIP). La Comco utilise le test du monopoleur hypothétique sur la base de son hypothèse de travail d'un marché particulièrement restreint (N 226). Le test du monopoleur hypothétique permet d'établir si le fournisseur d'un produit ou d'un service peut profitablement augmenter son prix d'environ 5% à 10%, soit en adoptant une augmentation faible mais significative et durable du prix de vente (« *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* », « *SSNIP* »)³⁰⁶. Si les clients du fournisseur ne changent pas de produit ou ne renoncent pas au produit examiné en conséquence de l'augmentation de son prix, le test conclut que le **marché des produits** est limité au produit testé. Si en revanche, face à une augmentation du prix, les consommateurs se détournent vers un autre produit de substitution, la Comco ajoute ce dernier au marché et conduit le test à nouveau³⁰⁷. L'autorité répète l'opération jusqu'à ce que le fournisseur puisse augmenter profitablement son prix, auquel cas, le produit qu'il offre et ses substituts sont réputés former un marché indépendant³⁰⁸. Le marché inclut ainsi tous les produits et toutes les régions en faveur desquels les clients sont prêts à se détourner en cas d'augmentation faible mais significative et permanente du prix³⁰⁹.

Le test SSNIP est également applicable pour définir le **marché géographique**³¹⁰. Il permet de déterminer en faveur de quelle zone géographique les consommateurs sont enclins à se détourner en cas d'augmentation des prix, ou s'ils continuent de s'approvisionner dans la même zone³¹¹.

305 BAKER, *Market definition*, p. 139.

306 CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, art. 4 al. 2 LCart n° 76 ; cf. ég. KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 6.13 et 6.14 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 41, p. 95.

307 ICN, *Merger guidelines workbook*, 4.A.15 ; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF art. 10 LCart n° 45 ; cf. ég. KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 6.14 ; SCHWALBE/ZIMMER, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 64-65.

308 Cf. ég. Communication sur la définition du marché, para. 17 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 42-43, p. 95-96 ; SCHWALBE/ZIMMER, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 99.

309 Cf. ég. Communication sur la définition du marché, para. 15 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 40, p. 95.

310 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 49.

311 Affaire CoRe Telekurs Multipay / Comco, DPC 2005/3, N B, p. 537.

235 Lorsqu'elle utilise le test SSNIP, la Comco doit s'assurer que les concurrents pratiquent des prix de concurrence avant de conduire le test³¹². Si ce n'est pas le cas et que les concurrents fixent des prix plus élevés que les prix de concurrence, le test SSNIP conduira à une définition du marché **faussée**. L'autorité parviendra à une définition du marché plus large qu'elle ne l'est effectivement. Dans un tel cas, des consommateurs se détournent vers des produits de substitution qui ne sont pas vraiment en concurrence avec ceux testés, en raison des prix excessifs des produits testés. Cette précaution indispensable s'appelle la *Cellophane-fallacy*, du nom du produit testé dans une affaire américaine de 1956 mettant en évidence cette erreur méthodologique³¹³. A l'inverse, si les prix de base sur lesquels l'autorité procède au test SSNIP sont trop faibles, soit si le produit examiné est nettement moins cher que celui des concurrents, par exemple en raison d'une récente guerre de prix, ou de faibles frais de transaction découlant d'une vente groupée, ou encore si les clients ne sont pas en mesure de réagir à un changement de prix, la Comco risque de parvenir à une définition trop étroite du marché³¹⁴.

236 Le choix du pourcentage d'augmentation de prix dans la fourchette entre **5% et 10%** peut sensiblement changer les conclusions tirées des résultats du test. Une augmentation de près de 10% conduira à une plus forte incitation à trouver un produit de substitution, tandis qu'une augmentation de 5% limitera l'incitation à détourner le client vers un autre produit. Ainsi une augmentation hypothétique élevée conduit à une définition plus large du marché qu'une augmentation plus faible³¹⁵.

237 **2° L'élasticité-prix de la demande.** L'élasticité-prix est un indice exprimant la sensibilité de la demande à une modification du prix d'un bien³¹⁶. L'élasticité s'exprime sous forme de rapport entre le taux de variation de la demande et le taux de variation du prix.

$$\text{élasticité-prix} = \frac{\text{taux de variation de la demande}}{\text{taux de variation du prix}}$$

238 On parle d'un **prix élastique** lorsque ce quotient est supérieur à 1³¹⁷. Ainsi lorsque le prix d'un produit varie de 1% et que la demande varie de plus que

312 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 78.

313 Cf. en Suisse : Affaire *Valora Holding/LS Distribution Suisse*, DPC 2015/1, n° 29, p. 109.

314 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 46, p. 97.

315 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 47, p. 97.

316 Affaire *BMW*, DPC 2012/3, note n° 189, p. 574 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 77.

317 Affaire *BMW*, DPC 2012/3, note n° 191, p. 574.

1%, la demande est élastique. Cela indique que les consommateurs sont enclins à remplacer le produit examiné en cas de variation de son prix³¹⁸. La Comco intègre au marché testé le produit vers lequel les consommateurs se détournent si la demande est élastique (quotient > 1). Si au contraire, la demande n'est pas élastique (quotient < 1), il est possible que le marché ne comporte que le ou les produits testés.

3° L'élasticité-prix croisée de la demande. L'élasticité-prix croisée de la demande est un indice exprimant la variation de la demande des consommateurs pour un produit par rapport à la variation du prix d'un autre produit³¹⁹. L'élasticité-prix croisée s'exprime sous forme de rapport entre le taux de variation de la demande d'un produit A et la variation du prix d'un produit B.

$$\text{élasticité-prix croisée} = \frac{\text{taux de variation de la demande}_A}{\text{taux de variation du prix}_B}$$

Lorsque l'élasticité-prix croisée est proche de 1 (quotient ≈ 1), soit lorsque le taux de variation de la demande pour un produit A est légèrement inférieure ou légèrement supérieure au taux de variation du prix d'un produit B, cela signifie que la demande est élastique et que les produits A et B sont **substituables** et font donc partie du même marché. Pour prendre un exemple, cela serait le cas si la demande en café moulu augmentait en fonction de l'augmentation du prix du café en dosette.

Lorsque l'élasticité-prix croisée est négative (quotient < 0), cela signifie que la demande pour un produit A baisse en fonction de la variation du prix du produit B, cela signifie que les produits sont **complémentaires**. Il en irait par exemple de la diminution de la demande de café en dosettes en raison de l'augmentation du prix des machines à café.

Lorsque l'élasticité-prix croisée est nulle ou très petite ($0 \leq \text{quotient} < 1$), la demande pour le produit A ne varie pas en fonction du prix du produit B et est donc inélastique. Les deux produits sont **indépendants** et ne font donc pas partie du même marché.

L'élasticité du prix et l'élasticité croisée sont **peu utilisées** par la Comco. D'une part, le temps manque généralement à l'autorité pour conduire un test aussi approfondi que celui-ci sur une gamme de produits touchés par la

318 Affaire *Emmi/AZM*, DPC2006/2, n° 59 p. 268 s.

319 Affaire *BMW*, DPC2012/3, note n°190, p. 574 ; Affaire *Emmi/AZM*, DPC2006/2, n° 59, p. 268 s ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art.10 LCart n° 46 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 77 ; **RAASS**, *Zusammenschlusskontrolle im Medienbereich*, p. 676.

concentration³²⁰. La Comco s'inspire parfois d'études d'élasticité des prix déjà existantes pour gagner du temps. Dans l'affaire *Emmi/AZM*, la Comco a utilisé une étude de l'organisation sectorielle pour le beurre établissant l'élasticité-prix et l'élasticité-prix croisée pour déterminer la substituabilité des produits³²¹. D'autre part, ces deux tests peuvent être biaisés lorsque les prix des produits testés sont déjà supérieurs au niveau de prix du marché en situation de concurrence et que les consommateurs sont alors davantage enclins à échanger le produit contre un autre qui n'appartient pas au même marché, selon le principe de la *Cellophane-fallacy* (N 235)³²².

- 244 **4° La corrélation entre les prix.** L'analyse de la corrélation des prix entre différents produits détermine le rapport entre l'évolution du prix d'un produit A et l'évolution du prix d'un produit B³²³. Lorsqu'une évolution parallèle durable des prix de deux ou plusieurs produits est observée, uniquement interrompue par quelques chocs temporaires sur l'évolution de l'un ou l'autre, cela signifie qu'une concurrence existe entre ces produits et qu'ils appartiennent au même marché. On parle alors d'une **cointégration des prix**³²⁴. La corrélation entre les prix de deux articles s'exprime sous forme de rapport entre la covariance des articles comparés et le produit de l'écart-type de chacun des articles. La covariance correspond à la moyenne, exprimée « \bar{x} » (x barre) dans le temps, des produits des différences entre le prix et le prix moyen de chaque article. L'écart-type correspond à la racine carrée de la variance, donc de la moyenne des carrés des différences de chaque prix de chaque article à sa moyenne dans le temps.

$$\text{Corrélation} = \frac{\frac{1}{N} \sum_{i=1}^N (A_i - \bar{A})(B_i - \bar{B})}{\sqrt{\frac{\sum_{i=1}^N (A_i - \bar{A})^2}{N} * \frac{\sum_{i=1}^N (B_i - \bar{B})^2}{N}}}$$

320 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 46; **DUCREY**, *SIWR*, p. 270.

321 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 59, p. 268.

322 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 59, p. 268.

323 *Schlachtschweine A*, DPC 2004/3, n° 46, p. 690; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 46.

324 Affaire *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*, DPC 2010/4, N. 33, p. 777; Affaire *France Télécom/Sunrise*, DPC 2010/3, N. 83, p. 506; Affaire *Sunrise/Tele2*, DPC 2008/4, N. 26, p. 670; *Erläuterungen des Sekretariats*, DPC 2004/3, p. 753; *Schlachtschweine A*, DPC 2004/3, n° 48, p. 691.

En prenant un **exemple**, si l'on souhaite établir la corrélation entre le prix fictif – en l'occurrence volontairement parfaitement corrélé – d'un café en dosette A et le prix fictif du café moulu B, au kilo, sur cinq ans et que les prix sur les années étaient les suivants :

Année\produit	A (CHF)	Écart à moyenne	B (CHF)	Écart à moyenne	Produit des écarts
1	16.94	-0.98	11.48	-0.66	0.65
2	17.83	-0.09	12.09	-0.06	0.01
3	17.65	-0.27	11.96	-0.18	0.05
4	18.39	0.47	12.46	0.32	0.15
5	18.77	0.85	12.72	0.58	0.49
Moyenne	17.92		12.14		0.27

La **covariance** équivaut à la moyenne des produits des écarts à moyenne de l'article A et de l'article B. En l'occurrence elle équivaut à 0.27.

Sur la base de ces données, **l'écart-type** se détermine ainsi :

Année\produit	Écart à moyenne	Carré de l'écart	Écart à moyenne	Carré de l'écart
1	-0.98	0.95	-0.66	0.44
2	-0.09	0.01	-0.05	0.00
3	-0.27	0.07	-0.18	0.03
4	0.47	0.22	0.32	0.10
5	0.85	0.73	0.58	0.33
Moyenne		0.40		0.18
Racine carrée de la moyenne		0.63		0.43
Écart-type	$0.63 \times 0.43 = 0.27$			

L'écart-type correspond au produit des racines des moyennes des carrés de l'écart de chaque année. Il correspond dans le cas d'espèce à 0.63×0.43 , soit 0.27.

La **corrélation** correspond au rapport entre la covariance (N 247) et l'écart-type (N 250), donc dans notre exemple à $0.27/0.27$, soit 1.

La corrélation est exprimée sous forme de **coefficient de corrélation** compris entre -1 et 1. Un indice de -1 exprime une relation parfaite entre les produits comparés, mais inversée (le prix du produit A évolue de manière inversement proportionnelle au prix du produit B, c'est le cas de produits dont l'utilisation de l'un exclut l'utilisation de l'autre). Ces produits ne sont

pas substituables. Par exemple, lors d'une longue canicule, le prix des parapluies diminuera dans une proportion inversement corrélée au prix des lunettes de soleil. Un indice de 1 exprime une relation parfaite positive entre les deux produits comparés (les prix des produits A et B augmentent ou diminuent dans la même proportion au cours du temps) ce qui est le cas dans notre exemple (N 245). Ces produits sont substituables. Un indice proche de 0 ne montre pas de corrélation du tout entre les prix des deux produits, indiquant qu'ils évoluent de manière indépendante l'un de l'autre. Plus les prix des produits sont positivement corrélés, plus les produits sont substituables et appartiennent au même marché³²⁵.

- 253 En pratique, la Comco utilise un test de cointégration pour renforcer une autre analyse économique visant à délimiter le marché, mais cette méthode seule **ne peut suffire** à définir des marchés géographiques et des produits. Elle peut mener à des résultats erronés lorsque les prix évoluent de manière parallèle pour une autre raison que leur substituabilité, par exemple en raison de l'augmentation du prix d'un composant commun aux deux produits³²⁶.

3. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs

- 254 **Le point de vue des parties.** Les parties à la concentration sont également tenues de déclarer dans le formulaire de concentration quels sont les marchés qu'elles considèrent comme affectés, ainsi que les raisons pour lesquelles elles incluent certains produits et en excluent d'autres dans leur détermination du marché (art. 11 al. 1 let. d OCCE)³²⁷.

- 255 La Comco **en tient compte dans ses décisions** en relevant le marché affecté selon le point de vue des parties et opère une reprise critique de celui-ci lorsque cela lui paraît nécessaire³²⁸.

C. Conclusions intermédiaires

- 256 Dans sa définition du marché pertinent, la Comco utilise une approche fondée sur **plusieurs critères**. Elles s'inspire d'une part sur ses **précédents** (N 228) ou sur des marchés définis par des autorités de la concurrence d'autres pays (N 229); elle s'appuie d'autre part sur des examens économiques **quantitatifs** (N 231) ou des **questionnaires qualitatifs** (N 254) permettant de recueillir l'avis des parties, des consommateurs ou d'autres acteurs du marché.

325 **MCCLOUGHAN**, *Submission*, p. 28; Affaire COMP/M.7930, *ABP Group/Fane Valley Group/Stanley Foods*, para. 86.

326 *Erläuterungen des Sekretariats*, DPC 2004/3, p. 753.

327 **COMCO**, *Formulaire concentration*, II. 4.1, p. 10.

328 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 80, p. 395.

Les **contraintes temporelles** rendent le recours aux critères quantitatifs 257
relativement rare (N 243). La Comco peine en effet à réunir, dans les brefs délais fixés par la LCart, les informations pertinentes sur la base desquelles elle peut appliquer des outils d'analyse économique poussés.

III. Les effets anticoncurrentiels

Lorsqu'elle analyse la concurrence sur le marché pertinent, la Comco examine 258
la **situation prévisionnelle future** de l'entité résultante. Pour chacun des marchés pertinents identifiés précédemment, elle évalue la concurrence actuelle et potentielle, puis examine en fonction de celle-ci, si les parties sont en mesure d'adopter des comportements anticoncurrentiels³²⁹.

Dans cette partie, nous analysons les paramètres du marché utilisés par 259
la Comco pour apprécier le risque d'effets anticoncurrentiels. Nous les regroupons selon le type de concentration horizontale (A.), verticale (B.) ou conglo-mérale (C.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (D.).

A. Dans les concentrations horizontales

Après quelques remarques générales (1.) nous examinons les tests utilisés par 260
la Comco selon que la concentration crée une dominance qualifiée individuelle (2.) ou une dominante qualifiée collective (3.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

Une concentration horizontale décrit une opération réunissant deux ou plu- 261
sieurs entités du **même marché**, soit des concurrents directs ou des concurrents potentiels (N 54)³³⁰.

Les **effets anticoncurrentiels horizontaux** sont les conséquences 262
anticoncurrentielles d'une concentration horizontale³³¹.

La grande **majorité des concentrations** examinées par la Comco porte 263
sur des concentrations horizontales. En déterminer le nombre exact n'est pas évident en raison du fait que l'autorité ne définit pas toujours les marchés sur lesquels les parties sont actives, en particulier lorsqu'elle exclut que la

329 P. ex. : Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 259, p. 649 et n° 330, p. 659.

330 **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10.

331 Message LCart 1994, p. 548; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 35 et 99.

concentration puisse engendrer des effets anticoncurrentiels. En soustrayant au nombre total de concentrations examinées entre 1997 et 2019, les concentrations uniquement non horizontales, on peut estimer un ordre de grandeur du nombre de concentrations conduisant à une accumulation de parts de marché sur les mêmes marchés, de **601 sur les 628 décisions** publiées en matière de concentration. Ainsi, ce sont plus de 95% des concentrations examinées, qui sont horizontales.

- 264 Les effets anticoncurrentiels horizontaux sont provoqués soit par l'émergence d'une entité seule **dominant individuellement** le marché, soit par une réduction du nombre d'acteurs du marché à ce point importante qu'elle favorise une **dominance collective**.

2. La dominance individuelle qualifiée

a. Remarques générales

- 265 La dominance individuelle permet le **comportement unilatéral** d'une entité, qui n'est pas coordonné avec ses concurrents, sans craindre une perte économique en conséquence³³². Un tel comportement engendre des **effets non coordonnés**, soit des modifications des paramètres du marché tels que les prix, l'innovation, la distribution ou la production, en réaction à l'opération de concentration. Par exemple : l'entité résultante augmente unilatéralement ses prix et est suivie par les autres concurrents du marché. Il en résulte un niveau généralement plus élevé des prix³³³.

b. Les critères du test

- 266 La Comco n'utilise pas un **catalogue précis et toujours identique de critères** lui permettant de conclure à la création d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace (N 202). Dans ses décisions, elle analyse néanmoins notamment :
- les **parts de marché** détenues par les parties à la concentration (i.) ;
 - le degré de **concentration** du marché (ii.) ;
 - la **proximité concurrentielle** des parties (iii.) ;
 - la **possibilité limitée de changer de fournisseur** (iv.) ;
 - la **difficulté des concurrents d'augmenter leur production** (v.) ;
 - la **capacité financière** des parties (vi.) ;

332 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 128.

333 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10 ; cf. ég. MOSSO, *Merger Enforcement*, p. 6.

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant conduire à une position de dominance individuelle comme un test **de type A**. 267

(i) *La part de marché détenue par les parties à la concentration*

Une part de marché importante détenue par l'entreprise ou les entreprises parties à la concentration est un indice fort de l'existence d'une position dominante³³⁴. Le critère ne suffit cependant pas pour admettre de manière certaine qu'aucune concurrence efficace ne subsiste ou qu'aucune alternative n'existe pour les consommateurs. En effet, même de larges parts de marché n'impliquent pas nécessairement une position dominante³³⁵. 268

L'analyse des parts de marché ne conduit qu'à des **estimations**, en raison de l'absence de méthode en permettant une détermination exacte. Ces estimations sont fondées en partie sur les propres déclarations des parties d'après les informations qu'elles ont fournies dans le formulaire de concentration. Il s'agit de leurs estimations de leurs parts de marché sur les trois dernières années ainsi que d'un exposé des bases de calcul utilisées pour les déterminer (art. 11 al. 1 let. e OCCE)³³⁶. 269

L'autorité peut déterminer les parts de marché notamment en fonction du volume d'affaires relatif au marché en termes de pièces, ou en fonction du chiffre d'affaires, ou encore en se basant sur la capacité disponible de l'industrie en question, par exemple dans le cas des marchés de produits homogènes comme les matières premières³³⁷. Les décisions de la Comco indiquent les parts de marché sous forme de **fourchette**. 270

Dans l'**affaire Ticketcorner/Starticket**, la Comco a déterminé les parts de marché, d'une part, d'après le **nombre de tickets vendus** par chacune des entités partie à la concentration de même que par chacun des concurrents identifiés sur les marchés pertinents³³⁸, et d'autre part, d'après le chiffre d'affaires des parties et de leurs concurrents³³⁹. 271

334 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 1599 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 136 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 65 ss.

335 Message LCart 1994, p. 547 ; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 272, p. 651.

336 **COMCO**, *Formulaire concentration*, I. 5, p. 1 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 63.

337 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 64 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 145.

338 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 82, p. 623.

339 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, Tabellen 5, 6, 7, p. 650.

272 La part de marché de l'entreprise résultante correspond généralement à la **somme des parts de marché** des entreprises participantes avant la concentration. On en soustrait parfois un correctif lorsque certains partenaires commerciaux n'entendent pas traiter avec l'entreprise résultante, ou lorsqu'ils souhaitent maintenir au moins deux sources d'approvisionnement distinctes et que la concentration leur en ferait perdre une³⁴⁰.

273 Il n'existe pas de seuil de part de marché qui corresponde directement à la création ou au renforcement d'une position dominante. Néanmoins, le critère de l'addition des parts de marché permet à la Comco d'exclure d'emblée la création d'une position dominante sur le marché pertinent lorsque les parties détiennent **ensemble moins de 20%** des parts du marché pertinent, ou que l'une des parties en détient **seule moins de 30%**³⁴¹. Ces valeurs utilisées par la Comco sont celles qui caractérisent un marché « affecté » au sens de l'art. 11 al. 1 let. d OCCE³⁴². Ce seuil consiste en un « *Safe-Harbor* », en-deçà duquel une concentration est considérée comme inoffensive pour la concurrence et ne fera en principe pas l'objet d'un examen approfondi par la Comco³⁴³.

274 D'après la pratique de la Comco, un second seuil permet de considérer en principe la création d'une position dominante comme peu vraisemblable. Lorsque la part de marché de l'entité résultante est **supérieure à 30% mais inférieure à 50%**, la Comco n'a à ce jour jamais conclu à l'existence d'une position dominante³⁴⁴.

275 **Une part de marché inférieure à 50%** n'est cependant pas une garantie que la concentration ne fera pas l'objet d'un examen approfondi. La pratique de l'autorité varie. Dans l'affaire *Fenaco/Granador*, les parts de marché sont d'environ 40% à 50% et l'opération n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi³⁴⁵. Dans l'affaire *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*, la Comco a procédé à un examen approfondi malgré le fait que les parts de marché des parties s'élevaient à moins de 30%³⁴⁶. Dans l'affaire *Alcan/Pechiney*,

340 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 205, p. 408 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 65.

341 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 66 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 151 ; **PRÜMMER**, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 29 ; **REICH**, *Stämpflis Handkommentar KG*, n° 29 ad art. 10 LCart.

342 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 129, p. 400 ; Affaire *Computer Sciences Corporation/Hewlett Packard Enterprise Services*, DPC 2017/1, n° 67, p. 119 ; Affaire *France Télécom/Sunrise*, DPC 2010/3, n° 133, p. 511 ; Affaire *Gétaz Romang/Miauton*, DPC 2000/1, n° 17, p. 59.

343 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 129, p. 400.

344 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 67.

345 Affaire *Fenaco/Granador*, DPC 2007/1, n° 48, p. 474.

346 Affaire *Zschokke Holding AG/Batigroup Holding AG*, DPC 2007/1, p. 101 ss.

l'autorité a soumis à conditions, après un examen approfondi, une concentration entre des parties dont les parts de marché se situent entre 30% et 40%³⁴⁷.

Une part de marché supérieure à 50% ne crée pas *per se* une position dominante, mais consiste en un indice de la création d'une position dominante³⁴⁸ et implique un examen approfondi portant sur d'autres critères permettant à l'autorité de déterminer si elle peut autoriser, interdire ou soumettre l'opération à conditions³⁴⁹.

Même une part de marché importante n'est pas suffisante pour interdire une concentration sans examen des autres paramètres du marché. Dans l'affaire *Ticketcorner/Starticket*, l'entité résultante aurait atteint une part de marché de **90% à 100%** et la Comco analyse néanmoins les critères suivants du test pour déterminer si la position dominante est susceptible de supprimer la concurrence efficace³⁵⁰. La Comco semble ainsi ne pas s'arrêter à des critères structurels dans son contrôle des concentrations (N195).

La Comco doit estimer la position de l'entité résultante sur le marché d'un point de vue **dynamique**. Ainsi la part de marché de celle-ci doit être estimée en tenant compte non seulement de la situation actuelle, mais également de la situation future potentielle du marché. Les entrées possibles et les sorties du marché dans les deux à trois ans à venir doivent être intégrées à l'estimation (N200)³⁵¹.

(ii) *Le degré de concentration du marché pertinent*

La Comco utilise le **degré de concentration** pour évaluer l'opération des parties³⁵². Lorsqu'il augmente fortement par l'effet de la concentration, cela indique que les parties sont des concurrents importants avec des parts de marché similaires et élevées en comparaison de celles de leurs concurrents³⁵³.

347 Affaire *Alcan/Pechiney*, DPC2003/4, n°23, p. 818.

348 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n°138.

349 Affaire TF *Publigroupe SA/Comco*, ATF139 I 72, consid. 9.3.3.2, DPC2013/1, p. 130; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC2018/3, n°272, p. 651; Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC2003/2, n°90, p. 340; Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC2003/2, n°109, p. 340; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n°67.

350 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC2018/3, n°273, p. 651; cf. ég. CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n°139.

351 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC2008/4, n°348, p. 641; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n°62.

352 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n°71 ss.

353 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n°69.

280 Le Message précise que la LCart ne permet pas à la Comco d'intervenir dans une opération de concentration que lorsque le degré de concentration est «**extrêmement élevé**»³⁵⁴.

281 La Comco recourt à l'**indice Herfindahl-Hirschman (IHH)** pour évaluer le degré de concentration du marché³⁵⁵. Elle s'y est référée pour la première fois dans l'affaire *BP/E.ON* le 8 janvier 2002 en citant la valeur de l'IHH dans une note, sans indiquer la variation de celui-ci (le delta) par l'effet de la concentration³⁵⁶.

282 L'IHH correspond à la **somme des carrés de chacune des parts de marché** (p) de chacune des (n) entités actives sur le marché examiné³⁵⁷. L'autorité examine la valeur de l'indice du marché après la concentration, de même que la variation de celui-ci (delta) dû à la concentration³⁵⁸.

$$IHH = \sum_{i=1}^n p_i^2$$

283 Par exemple, dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, le marché est composé de Galexis (50%), Amedis (30%), Voigt (10%) Pharmapool (5%) et PharmaFocus (5%)³⁵⁹. L'IHH avant la concentration est de 3'550 ($50^2+30^2+10^2+5^2+5^2$). L'IHH après la concentration est de 4'050 ($55^2+30^2+10^2+5^2$). Le delta est de 500 ($4'050-3'550$).

284 L'indice **varie entre 0 et 10'000** : plus l'indice est proche de 0, moins le marché est concentré et 10'000 correspond à un marché monopolistique (100²). Le delta de l'IHH se détermine par la différence entre le degré de concentration du marché après l'opération et avant l'opération. Mathématiquement, il correspond au double du produit des parts de marché de chacune des parties à la concentration avant l'opération³⁶⁰. Lorsque le delta de l'IHH varie peu, cela signifie que les parties n'additionnent qu'une faible part de marché par leur concentration.

354 Message LCart 1994, p. 578; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 265.

355 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 71 ss.

356 Affaire *BP/E.ON*, DPC 2002/1, n° 44, p. 173.

357 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 70; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 72; **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1040.

358 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 71.

359 Données arrondies. Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 142, p. 401.

360 En effet en reprenant l'exemple ci-dessus, l'IHH de concentration du marché après l'opération équivaut à 4'500. La différence avec le degré de concentration du marché avant l'opération est de 500 ($4'500-3'550$) ce qui équivaut aussi au double du produit des parts de marché de Galexis et Pharmapool avant l'opération ($2 \times 50 \times 5$), en raison de la distribution de l'identité remarquable $(B+C)^2 = B^2 + 2BC + C^2$.

Dans l'affaire *Swisscom Directories / Websheep*, *Swisscom Directories* disposait d'une position largement dominante sur le marché de la publicité dans les annuaires et les services d'annuaire, de l'ordre de 80% à 90%, si bien que l'acquisition de *Websheep*, qui ne disposait sur ces marchés que d'une part de 0% à 10%, ne créait pas de position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, en raison de la faible addition des parts de marché³⁶¹. Une telle concentration ne produit qu'une augmentation marginale du degré de concentration du marché.

Les parts de marché étant élevées au carré, **les plus grands acteurs du marché** font augmenter l'indice dans la plus grande mesure par rapport aux plus petits acteurs. Le carré des petites parts de marché n'influençant l'indice que dans une faible mesure par rapport aux grandes parts de marché, le manque d'informations à propos des petites entreprises n'a que peu d'impact sur la détermination de l'IHH³⁶². A l'inverse, une imprécision portant sur les parts de marché des plus grandes entités aura des conséquences significatives³⁶³.

Les autorités européenne et américaine ont établi des seuils d'IHH et de delta (N 281) pour déterminer les cas dans lesquels une concentration est présumée inoffensive pour la concurrence ; doit faire l'objet d'un examen approfondi ou est présumée porter atteinte à la concurrence. Les autorités suisses n'ont pas établi de **directives** à cet égard mais on peut constater qu'elles s'inspirent des pratiques internationales en vigueur au moment de la décision rendue.

Dans les affaires *Credit Suisse / Bank Linth*³⁶⁴ en 2003 et *Kreditkarten – Interchange Fee*³⁶⁵ en 2005, la Comco se réfère ainsi à la « **pratique internationale** » et évoque le seuil d'un IHH d'une valeur de 1800 comme décrivant un marché hautement concentré. A l'époque de la seconde décision, la Commission européenne avait déjà publié ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales de 2004 (N 167), mais celles-ci ne fixent pas de seuil à partir duquel un marché est « hautement concentré ». Aux Etats-Unis, les *Guidelines* de 1997 (N 185) étaient en vigueur lorsque ces décisions ont été rendues et fixaient effectivement un seuil (inchangé depuis les *Guidelines* de 1982) de 1800 comme correspondant à un marché hautement

361 Affaire *Swisscom Directories / Websheep*, DPC 2019/2, n° 45, p. 540.

362 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.124.

363 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 703.

364 Affaire *Credit Suisse / Bank Linth*, DPC 2003/3, n° 51, p. 525. La Comco fait référence à l'IHH malgré que cette décision soit une affaire d'accord illicite en matière de concurrence et d'abus de position dominante et non de concentration.

365 Affaire *Kreditkarten – Interchange Fee*, DPC 2006/1, n° 264, p. 98.

concentré³⁶⁶. Par conséquent, ces deux décisions de la Comco faisaient référence à la **pratique américaine**.

289 Dès 2007 dans la décision *Migros/Denner*, la Comco se réfère à la pratique de la **Commission européenne** et considère qu'une concentration ne pose en principe pas de problème et qu'aucune analyse approfondie n'est nécessaire lorsque le marché a un IHH inférieur à 1000. Lorsque l'IHH est compris entre 1000 et 2000 et que le delta est inférieur à 250 ou l'IHH supérieur à 2000 mais que le delta est inférieur à 150, une analyse approfondie peut être nécessaire³⁶⁷. Lorsque les valeurs dépassent ces seuils, la Comco considère que le marché est hautement concentré et que la concentration n'est **pas sans risque** pour la concurrence. Un examen approfondi peut être nécessaire³⁶⁸.

290 La Comco confirme ce changement de pratique en faveur des standards européens dans sa décision *CSS/Intras*, dans laquelle le niveau de l'IHH se situe au-delà de 1800 pour certains marchés géographiques examinés et le delta supérieur à 100 points, ce qui aurait été considéré comme un marché **hautement concentré** et aurait nécessité un examen des autres conditions du marché selon le droit américain en vigueur au moment de la décision. La Comco a cependant considéré que le delta de 250 points n'ayant pas été atteint, les marchés géographiques concernés n'avaient pas besoin d'être examinés plus avant, exprimant ainsi sa préférence pour les seuils du droit européen³⁶⁹.

366 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1997, Sect. 1.5.

367 Affaire *Tamedia/Basler Zeitung* DPC 2018/4, n° 197, p. 973, n° 232, p. 977, n° 265, p. 980, n° 290, p. 283; Affaire *Tamedia/AXA/JV*, DPC 2018/4, n° 62, p. 927, n° 67, p. 928, n° 73, p. 929, n° 79, p. 930, n° 83, p. 931, n° 87, p. 931, n° 93, p. 933, n° 100, p. 934; Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 168, p. 895; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 276, p. 651, n° 446, p. 672; Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 192, p. 407; Affaire *SRF/Swisscom AG/Ringier AG*, DPC 2016/1, n° 267, p. 332; Affaire *Tamedia/ricardo.ch*, DPC 2015/3, n° 165, p. 496; Affaire *Mutuel/Supra*, DPC 2015/1, n° 9, p. 93; Affaire *France Télécom/Sunrise Communications AG*, DPC 2010/3, n° 163, p. 521, n° 183, p. 523, n° 215, p. 527; Affaire *Merck & Co/Schering-Plough*, DPC 2009/4, N.42, p. 446, n° 48, p. 447; Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, n° 47, p. 357, n° 123, p. 372 et n° 124, p. 373; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 182, p. 617; Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, n° 196, p. 498; Affaire *Heineken/Eichhof*, DPC 2008/3, n° 193, p. 444, n° 214, p. 446 et n° 236, p. 449; Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 278, p. 325, n° 317, p. 330; Affaire *CSS/Intras*, DPC 2008/2, n° 48, p. 257; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 320, p. 169.

368 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 168, p. 895; Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, n° 48, p. 357.

369 Affaire *CSS/Intras*, DPC 2008/2, n° 48, p. 256.

Dès 2007, la pratique de la Comco se présente ainsi :

291

	IHH < 1000	1000 < IHH < 2000	2000 < IHH
$\Delta IHH < 150$	En principe pas de problème de concurrence, pas d'analyse approfondie		En principe pas de problème de concurrence, mais analyse approfondie peut être nécessaire
$150 < \Delta IHH < 250$		En principe pas de problème de concurrence, mais analyse approfondie peut être nécessaire	Pas sans risque pour la concurrence ; analyse approfondie peut être nécessaire
$250 < \Delta IHH$		Pas sans risque pour la concurrence ; analyse approfondie peut être nécessaire	Pas sans risque pour la concurrence ; analyse approfondie peut être nécessaire

292

Dans 19 affaires sur les 628 publiées (N 213), soit 2.79%, **la Comco a établi le degré de concentration du marché en utilisant l’IHH**. Le tableau suivant reprend toutes ces affaires avec pour chacune le niveau d’IHH ainsi que la variation de celui-ci en raison de l’opération.

293

Affaire	DPC	IHH post-fusion	Delta	Décision
BP / E.ON	2002/1 44, p. 173	2820	N/A	Autorisé
Coop / EPA	2002/3 49, p. 515	[...]	N/A	Autorisé
Migros / Denner	2008/1 320, p. 169	[3600-3700]	[600-700]	Mesure
CSS / Intrax	2008/2 48, p. 257	1235	394	Autorisé
Fenaco / Steffen – Ris	2008/2 278, p. 325	1870	472	Mesure
	2008/2 317, p. 330	3554	1091	
Heineken / Eichhof	2008/3 193, p. 444	2811	580	Autorisé
	2008/3 214, p. 446	4343	184	
	2008/3 236, p. 449	4928	817	
Coop / Fust	2008/3 196, p. 498	[3100-4900]	[400-2200]	Mesure
Coop / Carrefour	2008/4 182, p. 617	[3900-4000]	[200-300]	Mesure
Pfizer / Wyeth	2009/4 47, p. 357	2982	1175	Mesure
	2009/4 123, p. 372	2868	1159.2	
	2009/4 124, p. 373	3340	607	
Merck & Co / Schering - Plough	2009/4 42, p. 446	2166	148	Autorisé
	2009/4 48, p. 447	1751	230	
France Télécom SA / Sunrise Communications	2010/3 163, p. 521	5216	778	Interdit
	2010/3 183, p. 523	[...]	760	
	2010/3 215, p. 527	5002	1020	

294

Affaire	DPC	IHH post-fusion	Delta	Décision
Mutuel / Supra	2015/1 9, p. 93	2260	246	Autorisé
Tamedia / ricardo.ch	2015/3 165, p. 496	[3000-4000]	[0-1000]	Autorisé
SRF / Swisscom / Ringier	2016/1 267, p. 332	[5000-6000]	[1000-2000]	Autorisé
Galexis / Pharmapool	2018/2 192, p. 407	3340	823	Autorisé
Ticketcorner / Starticket	2018/3 271, p. 651	[7500-8000]	[3000-3500]	Interdit
	2018/3 446, p. 672	[4500-5000]	[1000-1500]	
AZ Medien / NZZ	2018/4 168, p. 895	[3400-3800]	[500-550]	Autorisé
Tamedia / AXA / JV	2018/4 62, p. 927	[2500-3000]	0	Autorisé
	2018/4 67, p. 928	[2000-2500]	0	
	2018/4 73, p. 929	[3000-3500]	0	
	2018/4 79, p. 930	[1500-2000]	0	
	2018/4 83, p. 931	[3000-3500]	0	
	2018/4 87, p. 931	[2000-2500]	0	
	2018/4 93, p. 933	[3000-3500]	0	
	2018/4 100, p. 934	[4000-4500]	0	
Tamedia / Basler Zeitung	2018/4 197, p. 973	[3700-4000]	[200-300]	Autorisé
	2018/4 232, p. 977	[3000-3300]	[200-300]	
	2018/4 265, p. 980	[2500-8900]	[0-1100]	
	2018/4 290, p. 983	[1600-6500]	[300-2000]	
Les valeurs entre crochets sont des fourchettes contenant la valeur exacte. Elles sont reprises telles quelles des publications de la Comco (N 270).				

Affaires dans lesquelles la Comco a établi l’IHH du marché concerné, entre 1997 et 2019

(iii) La proximité concurrentielle des parties

295 Lorsque les produits des parties à la concentration sont **hautement substituables**, elles sont de proches concurrents. Leurs produits peuvent être échangés l’un pour l’autre indifféremment par les consommateurs en cas de modification de leur prix ou des conditions de leur vente. Les parties s’imposent alors mutuellement une forte pression concurrentielle. La suppression de cette pression par la concentration peut engendrer des effets anti-concurrentiels³⁷⁰.

296 Plus les produits sont homogènes, plus ils sont substituables. L’homogénéité des produits se détermine **du point de vue des consommateurs** et non du point de vue des entités. Ainsi le fait que les parties investissent davantage dans certaines lignes de produits qui ne sont pas substituables avec

370 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 97; **PRÜMMER**, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 85.

des produits de l'autre de leur propre point de vue, ou que de nombreuses lignes de produits n'ont pas leur pendant chez l'autre entité, n'est pas pertinent, tant que les consommateurs identifient les produits de l'une et de l'autre comme hautement substituables³⁷¹.

Dans l'**affaire Ticketcorner/Starticket** la Comco a considéré que Starticket était l'unique alternative à Ticketcorner, avec pour conséquence que leurs produits étaient hautement substituables³⁷².

Le test de concentration suisse nécessite néanmoins que la concentration crée ou renforce une position dominante pour que la Comco puisse l'interdire ou la soumettre à conditions (art. 10 al. 2 LCart) (N194). La Comco n'appréhende pas la suppression des pressions concurrentielles entre les parties à la concentration, lorsque celles-ci étaient de proches concurrents avant l'opération³⁷³. La baisse de concurrence liée à ce type de concentration engendre pourtant des **effets unilatéraux**³⁷⁴.

Par effets unilatéraux, on entend des effets anticoncurrentiels non coordonnés sur des marchés oligopolistiques de produits différenciés, provoqués par la **suppression de la pression concurrentielle** entre les parties à la concentration, qui permettent à tous les concurrents sur le marché d'augmenter leurs prix ou de diminuer leur production³⁷⁵.

Les effets unilatéraux peuvent survenir sur un marché oligopolistique lorsque des concurrents fusionnent sans parvenir pour autant à une position dominante qualifiée (N198). Prenons par exemple un marché de quatre concurrents détenant respectivement 40%, 30%, 20% et 10% des parts de marché. La fusion entre les deux plus petites entreprises du marché ne conduirait pas à une position dominante, avec une part de 30%, toujours inférieure à celle du

371 Affaire *Migros/Denner*, DPC2008/1, n° 485, p. 188.

372 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC2018/3, n° 324, p. 658.

373 Affaire *TUI/Kuoni*, DPC2000/3, n° 41, p. 405; Affaire *Hotelplan/Travelhouse*, DPC2006/4, n° 31, p. 696; Affaire *Migros/Denner*, DPC2008/1, n° 342, p. 171; Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, n° 164, p. 491; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC2008/4, n° 241, p. 629. BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 100; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 119; **GANZ**, *Kollektive Marktbeherrschung*, n° 31; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 43; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 79.

374 Cf. p. ex. : **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.231; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.01, 7.09.

375 Affaire *Migros/Denner*, DPC2008/1, n° 342, p. 171; Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, n° 164, p. 491; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 100 et 202; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 118; **GANZ**, *Kollektive Marktbeherrschung*, n° 5; **GRABER/LANGNEGGER**, *Fusionskontrolle*; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 687 ss; ICN, *Recommended Practices*, p. 17; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 1; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 79; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 147.

leader. Dans l'hypothèse où un comportement coordonné est impossible entre les concurrents présents après la fusion, par exemple en raison d'un marché peu transparent, **les entreprises bénéficient néanmoins d'une baisse de la pression concurrentielle** en raison de la suppression de la concurrence entre les parties à la fusion³⁷⁶.

301 La prise en compte des effets unilatéraux par la Comco dans le test du contrôle des concentrations a un temps **fait débat**³⁷⁷ :

302 D'un côté, selon le test de dominance, il n'est **pas possible** d'appréhender des effets anticoncurrentiels non coordonnés aussi longtemps que la concentration ne confère pas une position dominante aux parties. La perte de pression concurrentielle entre deux parties à une concentration qui ne conduit pas à la création ou au renforcement d'une position dominante, ne suffit ainsi pas à interdire ou soumettre l'opération à conditions³⁷⁸.

303 De l'autre côté, la Comco a fait **référence à des effets unilatéraux** potentiellement générés par les concentrations, durant une certaine période entre 2000 et 2008, dans les affaires de fusion *TUI/Kuoni*³⁷⁹, *Hotelplan/Travelhouse*³⁸⁰, *Migros/Denner*³⁸¹, *Coop/Fust*³⁸² et *Coop/Carrefour*³⁸³. Dans l'affaire *Coop/Fust* et *Coop/Carrefour*, les parties à la concentration ont par deux fois allégué que les effets unilatéraux n'étaient pas prévus par la loi³⁸⁴.

304 Depuis 2008, la notion n'est plus apparue en matière de contrôle des concentrations. L'adoption en 2004 dans l'Union européenne d'un nouveau test tenant compte expressément des effets unilatéraux (N 164)³⁸⁵ et l'adoption en 2010 de *Guidelines* aux Etats-Unis les mentionnant également (N 185)³⁸⁶ a alimenté le débat de la prise en compte de ceux-ci *de lege lata* dans un régime de dominance³⁸⁷. La conclusion de la Comco a apparemment été, comme celle

376 Cf. p. ex. LIANOS/KORAH/SICILIANI, *Competition Law*, p. 1568.

377 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 148.

378 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 100 et 207; SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 79.

379 Affaire *TUI/Kuoni*, DPC 2000/3, n° 41, p. 405.

380 Affaire *Hotelplan/Travelhouse*, DPC 2006/4, n° 31, p. 696.

381 Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 342, p. 171.

382 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, n° 164, p. 491.

383 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 241, p. 629.

384 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, n° 172, p. 492; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 30, p. 596.

385 Règlement 139/2004, consid. 25.

386 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

387 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 100; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart n° 119; SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 80.

de la doctrine majoritaire, que ceux-ci **ne peuvent pas être appréhendés** sous le régime juridique actuel. C'est notamment ce qui a prévalu dans le choix du Conseil fédéral de prendre plus largement en compte les effets unilatéraux dans le projet de révision de la LCart de 2012 (N 150).

(iv) *La possibilité limitée de changer de fournisseur*

Les partenaires commerciaux peuvent être dans **l'incapacité de changer** 305 facilement de fournisseur, notamment si l'une ou les deux parties disposent de contrats d'exclusivité avec des fournisseurs ou des revendeurs.

Dans l'**affaire Ticketcorner/Starticket**, Ticketcorner disposait de 306 contrats d'exclusivité avec son fournisseur Hallenstadion Zürich, représentant une part importante de son chiffre d'affaires, de l'ordre de 20% à 30%, contraignant les consommateurs à recourir à Ticketcorner pour acquérir des billets³⁸⁸. Par conséquent, les consommateurs qui souhaiteraient acquérir des billets pour un événement du Hallenstadion n'auraient pas la possibilité de changer de fournisseur et seraient contraints d'être clients de l'entité résultante. Les contrats d'exclusivité renforcent par conséquent la position dominante de l'entité résultante³⁸⁹.

(v) *La difficulté des concurrents d'augmenter leur production*

La capacité des concurrents **d'augmenter leur production** peut faire 307 échouer une opération rentable de baisse de la production d'une entité en position de dominance individuelle. La concentration permet aux parties d'accroître leur base de clientèle sur laquelle elles pourront appliquer une plus grande marge bénéficiaire en cas de baisse de la production³⁹⁰.

A notre connaissance, la Comco a utilisé ce critère **une seule fois** dans 308 le cas d'une concentration soumise au contrôle de la DG Concurrence³⁹¹.

(vi) *La capacité financière des parties*

Une **capacité financière importante** peut octroyer à une entité un avan- 309 tage concurrentiel³⁹². L'entité est par exemple en mesure d'affronter plus facilement une guerre de prix et jouit d'une manière générale d'une plus grande marge de manœuvre en matière de prix, de marketing et de capacité

388 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 282, p. 652.

389 Cf. ég. Arrêt TF 2C_113/2017, du 12 février 2020, consid. 5.5.

390 Cf. Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 32 ss.

391 Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, n° 245, p. 613.

392 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 87; WEBER/VOLZ, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1041.

de production³⁹³. Elle peut en outre investir davantage et plus rapidement dans des innovations, permettant d'épuiser la concurrence³⁹⁴.

310 La capacité financière en tant que critère permettant de conclure à la création d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace est **sujette à caution**. L'augmentation de la capacité financière est courante dans une concentration susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels. Si, à l'inverse, la capacité financière des parties n'augmente pas par l'effet de l'opération, il s'agit probablement de l'acquisition d'une entité défaillante, laquelle ne satisfait pas aux conditions permettant à la Comco de l'interdire³⁹⁵.

311 En revanche, une forte capacité financière des **cocontractants** peut être un facteur de contrepoids permettant de conclure que la position dominante qualifiée (N198) n'est pas atteinte³⁹⁶.

312 La Comco n'utilise pas seul le critère de la capacité financière des parties mais toujours **en lien avec d'autres facteurs**. Le critère peut en effet aussi être source d'augmentation de l'innovation ou de la qualité des produits sur le marché. La Comco doit en outre établir que cette augmentation de la capacité financière sera utilisée dans le but de supprimer la concurrence³⁹⁷.

3. La dominance collective qualifiée

a. Remarques générales

313 Lorsque plusieurs entreprises exercent ensemble un important pouvoir de marché sur un marché concentré, on parle de **dominance collective**³⁹⁸. Sur un marché oligopolistique, soit un marché comptant un faible nombre d'acteurs et un haut degré de concentration, les entités en position de dominance collective sont à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart) et

393 **HOFFET**, *Unternehmenszusammenschlüsse*, p. 63; **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1041.

394 Affaire *Tamedia/Basler Zeitung* DPC 2018/4, n° 268, p. 980; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 87.

395 Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 356, p. 310; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 174 ss, p. 287; Affaire *Emmi/Swiss Dairy Food*, DPC 2003/3, n° 93, p. 548; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 191; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 151; **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 816.

396 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 89; Affaire *General Electric/Bank Procredit*, DPC 1999/1, n° 98, p. 163.

397 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 88; **ULRICH**, *marktbeherrschenden Stellung*, p. 92.

398 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 126; CR Concurrence-**CLERC/KELLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 192; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 98 ss.

donc d'augmenter leurs prix sans craindre un effet disciplinant de la concurrence (N 200)³⁹⁹.

La dominance collective peut engendrer des **effets coordonnés**. Les effets coordonnés sont le résultat d'une pratique appliquée conjointement par plusieurs acteurs, notamment en termes de fixation des prix, de distribution ou de production⁴⁰⁰, sans qu'un accord formel n'ait été conclu entre eux⁴⁰¹.

Dans ses décisions, la Comco fait référence à la **définition** des effets coordonnés proposée dans les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales de l'Union européenne, à savoir les effets survenant lorsque les concurrents d'un marché, prenant conscience des intérêts communs, considèrent possible, économiquement rationnel et donc préférable d'adopter durablement une même ligne d'action sur le marché dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, sans devoir procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée⁴⁰².

La coordination entre les entités comprend non seulement la notion d'accord au sens de l'art. 4 al. 1 LCart, mais aussi le **comportement parallèle ou la collusion implicite**, qui ne sont pas appréhendés par l'art. 4 LCart⁴⁰³. Si la coordination ne peut pas avoir lieu parce qu'une ou plusieurs entités du marché sont à même de la compromettre en adoptant un comportement concurrentiel, le marché n'est pas soumis à une dominance collective. La capacité de coordonner les comportements dépend de certaines caractéristiques structurelles du marché que la Comco doit établir⁴⁰⁴.

Lors d'une concentration sur un marché oligopolistique, la Comco doit déterminer si l'opération crée ou renforce une situation de **dominance collective**⁴⁰⁵. L'autorité doit prouver que cette situation dominante donne aux entités la possibilité de supprimer la concurrence efficace : la simple preuve de la possibilité d'adopter un comportement coordonné ne suffit pas⁴⁰⁶.

399 Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 445, p. 672 ; Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 62, p. 751.

400 **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10.

401 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 127 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 101.

402 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 39 ; Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 159, p. 894 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 226 ; Cf. ég. CJUE Affaire *Airtours/Commission*, du 6 juin 2002, T-342, n° 61.

403 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 77, p. 580.

404 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 127.

405 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 247 ss, p. 630 ; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 455, p. 184 ; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 119, p. 279 ; Affaire *Bell/SEG Poulets*, DPC 1998/3, n° 37, p. 400 ; Affaire *Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand*, DPC 1998/2, n° 144, p. 399 ; Affaire *UBS/SBV*, DPC 1998/3, n° 37, p. 400 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 126.

406 **MEINHARDT/BISCHOF**, *Zusammenschlussverbot*, p. 4.

- 318 La Comco doit donc intervenir **avant l'éventuelle naissance** d'un comportement coordonné. Elle doit empêcher une concentration qui conduise à une structure de marché sur laquelle la survenance d'un comportement coordonné est vraisemblable, si les autres conditions sont remplies également (N 210 s.)⁴⁰⁷.
- b. Les critères du test
- 319 Pour estimer le **risque de la survenance** d'effets coordonnés, la Comco examine plusieurs critères du marché : le nombre de participants, leurs parts de marché, le degré de concentration, la substituabilité des produits, l'existence de symétries entre les concurrents, la phase de développement, le caractère innovant, la transparence et la capacité de surveillance mutuelle, les interactions simultanées sur d'autres marchés, la position des entreprises ne participant pas à la coordination et la concurrence potentielle⁴⁰⁸.
- 320 Ces critères sont regroupés dans **quatre conditions** permettant de conclure à un risque de dominance collective. L'autorité détermine si :
- le **marché est propice** à la survenance d'une coordination des comportements (i.) ;
 - les parties à la coordination peuvent se **surveiller** (ii.) ;
 - les parties à la coordination disposent du **pouvoir de dissuader** les comportements hostiles à la coordination (iii.) ;
 - des entités non parties à la coordination ont le **pouvoir de la compromettre** (iv.).
- 321 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant conduire à une position de dominance collective comme un test **de type D**.

407 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 129 ; Cf. ég. **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 239 ss.

408 Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 444, p. 672 ; Affaire *France Télécom / Sunrise*, DPC 2010/3, n° 224 ss, p. 528 ss ; Affaire *Heineken / Eichhof*, DPC 2008/3, n° 261, p. 471 ; **VON BALLMOOS**, *Kollektive Marktbeherrschung*, p. 492 ; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 7.

(i) *La possibilité d'atteindre une coordination*

La Comco doit examiner la **probabilité** que les concurrents adoptent un comportement coordonné après l'opération de concentration⁴⁰⁹. Les concurrents doivent y avoir un réel **intérêt économique** sur le long terme⁴¹⁰.

L'émergence d'une coordination et sa durabilité sont probables lorsque **le marché est composé d'un faible nombre de participants sur un marché concentré**⁴¹¹. Un trop grand nombre crée un risque que l'un ou l'autre cesse d'y participer et réinstaure une pression concurrentielle. Un faible nombre d'entités doit détenir une part importante du marché, de l'ordre de 50% à 60% ou plus⁴¹². Les autres concurrents sont déjà capables de déstabiliser la coordination lorsque leurs parts de marché cumulées atteignent 20%⁴¹³.

Dans l'**affaire AZ Medien / NZZ**, la joint-venture créée détient 40-50% du marché et son premier concurrent détient également 40-50% du marché. La Comco conclut à l'existence d'un risque de dominance collective entre la joint-venture et son concurrent, les autres acteurs du marché ne détenant pas une part suffisante pour déstabiliser la coordination⁴¹⁴.

Plus le marché est stable, plus les chances que la coordination s'inscrive dans la durée sont élevées⁴¹⁵. Sur les marchés dynamiques, fortement innovants, ou connaissant un grand nombre de nouvelles entrées, le comportement coordonné est moins susceptible de survenir. Les chances qu'une coordination profite aux entités diminuent, car il est difficile de prévoir le comportement futur de nouveaux entrants ou des concurrents actuels⁴¹⁶. Lorsque les concurrents interagissent sur plusieurs marchés à la fois, la stabilité de la coordination est renforcée⁴¹⁷.

409 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 206.

410 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 62, p. 751; Affaire *Bell/SEG Poulets*, DPC 1998/3, n° 39, p. 401; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 133; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 104.

411 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 211, p. 409; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 228; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 106.

412 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 63, p. 751; Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, n° 200, p. 498; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 475, p. 187; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 123, p. 280; Affaire *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*, DPC 2003/1, n° 189, p. 139; *Schlachtschweine A*, DPC 2004/3 n° 71, p. 701.

413 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 124, p. 280; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 134 et 135.

414 Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, n° 210, p. 899.

415 Affaire *Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 452, p. 673; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 232; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 104.

416 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 137.

417 Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 505, p. 189.

326 Afin de déterminer la prévisibilité du marché, la Comco détermine la **phase d'évolution du marché**⁴¹⁸. L'autorité distingue plusieurs phases : expérimentale, de croissance, de maturité, de stagnation et de déclin⁴¹⁹. Lors des deux premières phases, les conditions de la concurrence changent considérablement. L'innovation est forte et les entrées de concurrents sont fréquentes, ce qui empêche la confiance nécessaire à une collusion. Dès la phase de maturité, la seule acquisition de parts de marché possible se fait aux dépens de celles des autres concurrents : c'est dans cette configuration que la surveillance d'une collusion est la plus profitable à toutes les parties et qu'elle est par conséquent la plus probable. Le marché est alors le plus stable et les comportements des concurrents, constants⁴²⁰.

327 Pour déterminer l'intérêt économique des parties à une coordination des comportements, la Comco examine au cas par cas leurs motivations. Dans l'affaire *Galexis/Pharmapool*, alors même que la concentration aboutissait à un duopole, la Comco a considéré qu'il n'y aurait pas de coordination car l'actionnariat du concurrent principal était composé d'une coalition de clients qui seraient directement défavorisés par une augmentation des prix⁴²¹.

328 L'autorité ne peut pas rechercher la preuve d'un **comportement coordonné passé** sur ce marché pour déterminer la possibilité future d'une coordination. La Comco s'est livrée à un tel examen dans l'affaire *Coop/Waro* en établissant une régression des prix pour déterminer si ceux-ci étaient corrélés sur les années précédant le contrôle de la concentration. Cependant, d'une part, la Comco procède à un examen prospectif et doit déterminer si la concentration augmente la probabilité de comportements coordonnés⁴²². D'autre part, le Tribunal fédéral a décidé plus tard dans l'affaire *Swissgrid*, que la concentration doit causer la suppression de la concurrence efficace (N 198)⁴²³. Or lorsque la Comco cherche à déterminer si les parties ont coordonné leur comportement par le passé, elle établit indirectement que la concentration n'en est pas la cause si elles coordonnent à nouveau leur comportement à l'avenir. Par conséquent, un marché dépourvu de concurrence avant la concentration rompt le lien de causalité (N 210) et il s'ensuit que les conditions de l'art. 10 LCart ne sont pas réunies⁴²⁴.

418 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 110.

419 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 129, p. 281.

420 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 138 ; Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 220, p. 410.

421 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 217 et 218, p. 410.

422 CR Concurrence-CLERC/KELLEZI, art. 4 al. 2 LCart n° 206.

423 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329.

424 Contra : BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 130, 132 et 154 ; Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 86, p. 581.

(ii) *La surveillance des comportements déviants*

La **réussite** durable d'une coordination dépend de la capacité des parties de 329 surveiller le comportement des autres participants. En effet, l'observation du comportement des autres entités actives sur le marché dépend de la capacité de chacun des participants de veiller à ce que les autres continuent de s'y conformer. Ainsi, plus le marché est transparent quant aux conditions appliquées par les entités, plus la réalisation et la stabilité de la coordination sont vraisemblables⁴²⁵.

Dans l'**affaire France Télécom SA/Sunrise**, la Comco a constaté que, 330 pour les consommateurs finaux, le marché était suffisamment transparent et que ceux-ci pouvaient rapidement modifier leur comportement en fonction de changement de conditions de vente. La transparence du marché permettait ainsi aux entités actives sur le marché de se surveiller et de maintenir à loisir une entente coordonnée sur les conditions pratiquées⁴²⁶.

Le degré de symétrie entre les entités participantes au marché est cen- 331 tral pour déterminer leur capacité à se surveiller⁴²⁷. Plus la concentration va produire des entités ayant une taille et une structure équivalente, plus le degré de symétrie est élevé⁴²⁸.

La symétrie se **définit** comme une similarité dans l'organisation, soit au 332 niveau des intérêts et buts poursuivis et des délais dans lesquels ceux-ci doivent être atteints, ainsi qu'au niveau des produits et de la structure des coûts. Il en va également d'une équivalence des prix pratiqués et des marges réalisées⁴²⁹. Le fait que les parties à la coordination poursuivent des objectifs comparables et supportent des coûts identiques accroît la connaissance des affaires de chacun. Dans ces conditions, les entités peuvent aisément se surveiller mutuellement et favoriser leur comportement coordonné⁴³⁰.

Dans l'**affaire Migros/Denner**, la Comco a retenu que Migros et Coop, 333 les deux plus grandes entités du marché, disposaient de lignes de produits symétriques s'adressant à des groupes spécifiques de consommateurs ou

425 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 216, p. 409; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 501, p. 189; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 136; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 231; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 111.

426 Affaire *France Télécom/Sunrise*, DPC 2010/3, n° 341, p. 550.

427 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 234; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 108.

428 Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 480, p. 187.

429 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 216, p. 410.

430 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 66, p. 752; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 480, p. 187; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 140 141 et 142.

répondant à des besoins particuliers, notamment des produits alimentaires haut de gamme ayant leur pendant dans chacune des entités, de même que des produits pour enfants. Ces assortiments étaient hautement substituables. La concentration augmentait la symétrie entre produits offerts par chacun des concurrents en raison de l'élargissement de l'offre de l'entité résultante, notamment dans le marché des boissons alcoolisées dans l'assortiment de Denner⁴³¹.

334 A l'inverse, la concentration peut parfois diminuer les symétries entre les entités actives sur le marché et réduire les risques de comportement coordonné. Dans l'**affaire Ticketcorner/Starticket**, la concentration devait conduire à une diminution des symétries avec les concurrents en place avant l'opération, en raison d'une augmentation des différences entre leurs parts de marché, ce qui plaide en défaveur de l'émergence d'un risque de coordination⁴³².

335 Lorsque le **marché n'est pas transparent**, la surveillance des comportements est plus difficile. Les parties ne peuvent pas aisément se surveiller et maintenir une coordination (N 330)⁴³³.

(iii) Les mécanismes de dissuasion

336 La stabilité d'une coordination des comportements nécessite un système de **sanctions dissuasives** à l'encontre des comportements déviants⁴³⁴. Les sanctions peuvent concerner le marché sur lequel la coordination se produit, ou un autre marché où les concurrents sont également actifs⁴³⁵.

337 Les mécanismes de dissuasion peuvent prendre la forme d'une fixation des prix en dessous des coûts de production, ou d'une augmentation de la production. L'entité qui veut les mettre en œuvre doit disposer de la **capacité d'augmenter sa production** (N 307), ou d'une **capacité financière suffisante** (N 309) pour supporter des pertes⁴³⁶.

(iv) La réaction des outsiders

338 Les entités **ne participant pas** à la coordination peuvent mettre en péril les chances que la coordination aboutisse. Il peut s'agir de cocontractants, soit

431 Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 481 et 482, p. 187.

432 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 449, p. 672.

433 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 216, p. 410.

434 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 219.

435 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 69, p. 752 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 147.

436 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 69, p. 752.

les fournisseurs ou les clients des parties à la concentration, ou de concurrents potentiels non actifs sur le marché⁴³⁷. De plus petits concurrents déjà actifs sur le marché et qui ne souhaitent pas coordonner leur comportement n'ont, en règle générale, pas d'influence sur la coordination, tant qu'ils détiennent ensemble moins de 20% de parts de marché (N 323)⁴³⁸.

Dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, l'entité résultante détient 40-50% du marché, son premier concurrent, 30-40%, et six petits concurrents détiennent chacun moins de 5% du marché. La Comco conclut que les petits concurrents sont à même de déstabiliser ensemble la coordination (N 323)⁴³⁹.

Des entrants potentiels peuvent également imposer une pression concurrentielle empêchant la coordination de perdurer. Lorsqu'un entrant potentiel serait à même d'honorer un contrat sur le marché pertinent à un meilleur prix que celui sur lequel les parties à la coordination s'accordent, celles-ci sont tentées de ramener leur prix à un niveau concurrentiel⁴⁴⁰.

4. Conclusions intermédiaires

Cette partie a démontré que les cas de concentrations horizontales représentent une **large majorité** des affaires soumises à la Comco en vertu de l'art. 9 LCart (N 263).

La Comco applique une **série de tests et de critères** pour déterminer le risque d'effets anticoncurrentiels que la concentration pourrait engendrer si elle était autorisée. L'autorité n'applique pas systématiquement et exhaustivement tous les critères de son catalogue, mais détermine dans le cas particulier ceux qui lui permettent de conclure à l'existence ou non de risques d'effets anticoncurrentiels (N 266). Les tests appliqués sont différents selon que la concentration produit un risque de **dominance individuelle ou collective** (N 264).

Si la concentration présente un risque de **dominance individuelle** (N 265), nous avons identifié que la Comco applique des **critères essentiellement structurels** portant sur les parts de marché des parties et de leurs concurrents (N 268), le degré de concentration du marché (N 279), la proximité concurrentielle des parties (N 295), la possibilité limitée de changer de fournisseur (N 305), la difficulté des concurrents d'augmenter leur production (N 307) et la capacité financière des parties (N 309).

437 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 143; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 219; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 113.

438 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 134 et 135.

439 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 213, p. 409.

440 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 71, p. 753; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 114.

344 La Comco, bien qu'elle en ait tenu compte par le passé, n'appréhende plus les **effets unilatéraux** qui peuvent survenir en raison de la suppression de la pression concurrentielle que les parties à la concentration s'imposaient avant l'opération (N 303).

345 Si la concentration présente un risque de **dominance collective** (N 313), la Comco examine à nouveau des critères principalement structurels pour déterminer quelles sont les chances que les entités actives sur le marché coordonnent avec succès leur comportement (N 320), tels que la possibilité d'atteindre une coordination (N 322), la surveillance des comportements déviants (N 329), l'existence de mécanismes de dissuasion (N 336), et la réaction des outsiders (N 338).

346 Enfin, la Comco ne prend pas en compte, des critères plus économiques, soit des données quantitatives permettant de quantifier la substituabilité des produits des parties à la concentration ou de leurs concurrents. Le test suisse relève ainsi principalement d'un **déterminisme structurel** impliquant qu'une certaine structure du marché est propice à ce que les parties adoptent un comportement anticoncurrentiel (N 195).

B. Dans les concentrations verticales

347 Après quelques remarques générales (1.) nous examinons les tests utilisés par la Comco selon que la concentration verticale crée une dominance individuelle (2.) ou une dominante collective (3.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

348 Les concentrations d'entreprises actives sur des échelons différents du marché, en amont ou en aval sont des concentrations **verticales**, susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels verticaux (N 54)⁴⁴¹. Il en va par exemple de la concentration entre entreprises qui, pour un même bien, sont actives l'une au niveau de sa production et l'autre au niveau de sa distribution⁴⁴².

349 Les concentrations verticales ni n'engendrent de baisse de la concurrence entre les parties, ni ne conduisent à une addition de parts de marché, puisqu'elles ne sont pas actives sur les mêmes marchés. Les concentrations verticales peuvent, de surcroît, produire des effets proconcurrentiels susceptibles de compenser les effets anticoncurrentiels. Les concentrations

441 Message LCart 1994, p. 548.

442 Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC2007/4, n° 48, p. 566; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 37; JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10.

peuvent conduire à des **gains d'efficacité** substantiels, en supprimant par exemple la double marginalisation dans la fabrication et la distribution d'un produit⁴⁴³.

Elles modifient néanmoins la structure des marchés et peuvent avoir 350 une influence sur les concurrents de l'entité située sur le marché amont ou le marché aval⁴⁴⁴. Puisque les parts de marché ne s'additionnent pas, la suppression de la concurrence efficace ne peut survenir que de manière indirecte, en conséquence du **comportement** adopté par les parties après l'opération. A la différence des concentrations horizontales, où l'examen structurel de la situation du marché permet de déterminer si l'entité résultante est en situation de position dominante qualifiée (N198), dans les concentrations verticales, la Comco doit en outre examiner l'opportunité pour l'entité résultante d'adopter un comportement capable de supprimer la concurrence efficace⁴⁴⁵.

Il en va en particulier d'un comportement sur les marchés pertinents 351 visant à verrouiller le marché des intrants (N 63) ou des clients⁴⁴⁶. La Comco doit donc établir un **pronostic** du comportement futur des entités parties à la concentration pour prouver la création ou le renforcement de la position dominante⁴⁴⁷. Outre le verrouillage du marché, les entités concentrées verticalement peuvent être à même d'augmenter les prix sur le marché ou de renforcer les barrières à l'entrée sur l'un ou l'autre des marchés pertinents⁴⁴⁸.

La Comco s'inspire des Lignes directrices sur les concentrations non 352 horizontales de la **Commission européenne** pour appréhender les effets anticoncurrentiels des concentrations non horizontales en général et de la note de l'OCDE sur les concentrations verticales⁴⁴⁹.

Dans la **pratique suisse**, la Comco a rendu 27 décisions sur les 628 pu- 353 bliées (N 213), soit 4.30%, dans lesquelles elle a examiné le risque que la

443 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 101 et 105; Affaire *Swisscom/Cybernet*, DPC 2006/2 n° 108, p. 259; OCDE, *Vertical Mergers*, p. 224.

444 Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 48, p. 566; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 37 et 101.

445 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 102.

446 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, note 147, p. 408; Affaire *General Electric/Alstom*, DPC 2016/1, n° 238, p. 246; Affaire *KKR/Allianz/Selecta*, DPC 2014/4, n° 41, p. 755; Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 47, p. 566.

447 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 102.

448 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 105; Affaire *Swisscom/Cybernet*, DPC 2006/2 n° 108, p. 259.

449 Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 51, p. 566 et note 13 et n° 52 p. 567 et notes 14 et 15; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 47ss; OCDE, *Vertical Mergers*.

concentration soit susceptible de déployer des effets verticaux⁴⁵⁰. Aucune d'entre elles n'a été interdite. Deux ont été acceptées sous charges ou conditions prononcées par la Comco⁴⁵¹ et une a été acceptée dans la mesure où la Commission européenne avait déjà ordonné le respect de conditions qui écartaient le risque d'effets anticoncurrentiels en Suisse⁴⁵².

354

Affaire	DPC	Décision
Swisscom / Cinetrade	2005/2, p. 378	Autorisé
Swisscom Fixnet / Cybernet	2006/2, p. 260	Autorisé
CT Cinetrade / Sportradio	2007/3, p. 447	Autorisé
SWX / SIS / Telekurs	2007/4, p. 581	Mesure
Mifroma / Emil Dörig Käsehandel	2008/4, p. 665	Autorisé
Micarna / Natura Fleischrocknerei	2009/1, p. 66	Autorisé
Dörig Käsehandel / Alois Koch...	2009/2, p. 171	Autorisé
Post / NZZ / Tamedia et Post / Tamedia	2009/4, p. 429	Mesure
Bischofszell / Weisenhorn Food	2010/1, p. 187	Autorisé
Apollo / Omega	2010/4, p. 784	Autorisé
Bell / Toni Hilti / Hilcona	2011/2, p. 288	Autorisé
Infront / Ringier	2011/2, p. 299	Autorisé

450 Affaire *Michelin/Faurecia/Symbio*, DPC 2019/4, n° 18, p. 1208; Affaire *The Blackstone Group/CRH Gétaz Holding*, DPC 2019/4, n° 8, p. 1196; Affaire *ESTA/RRJ Capital/Gate-group*, DPC 2019/3b, n° 10, p. 1035; Affaire *Boeing/Safran*, DPC 2019/2, n° 9, p. 531; Affaire *Infracore/MPT Switzerland/Basler Versicherung/AEVIS*, DPC 2019/2, n° 47, p. 524; Affaire *Worldline/SIX Payment Services Group*, DPC 2019/1, n° 55, p. 173; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 325, p. 658; Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 208, p. 409; Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, n° 272, p. 616; Affaire *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINT AG*, DPC 2016/4, n° 100, p. 1074; Affaire *Migros/Lüchinger+Schmid-Gruppe*, DPC 2015/4, n° 45, p. 799; Affaire *Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG*, DPC 2013/2, n° 62, p. 270; Affaire *Swisscom/Deuromedia*, DPC 2013/2, n° 33, p. 256; Affaire *A4 Limited/B SA*, DPC 2013/1, n° 18, p. 87; Affaire *BSI/Avaloq Group*, DPC 2011/3, n° 8, p. 422; Affaire *Infront/Ringier*, DPC 2011/2, n° 50, p. 299; Affaire *Bell/Toni Hilti Treuhandchaft/Hilcona*, DPC 2011/2, n° 30, p. 288; Affaire *Apollo/Omega*, DPC 2010/4, n° 7, p. 784; Affaire *Bischofszell Nahrungsmittel/Weisenhorn Food Specialities*, DPC 2010/1, n° 30, p. 187; Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 366, p. 429; Affaire *Dörig Käsehandel/Alois Koch Käsehandel*, DPC 2009/2, n° 26, p. 171; Affaire *Micarna/Natura Fleischrocknerei*, DPC 2009/1, n° 27, p. 66; Affaire *Mifroma/Emil Dörig Käsehandel*, DPC 2008/4, n° 31, p. 665; Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, n° 181, p. 581; Affaire *CT Cinetrade/Sportradio*, DPC 2007/3, n° 19, p. 447; Affaire *Swisscom/Cybernet*, DPC 2006/2, n° 110, p. 260; Affaire *Swisscom/Cinetrade*, DPC 2005/2, N.162, p. 378.

451 Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 366, p. 429; Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, n° 181, p. 581.

452 Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, n° 272, p. 616.

Affaire	DPC	Décision
BSI / Avaloq Group	2011/3, p. 422	Autorisé
A4 Ltd / B SA	2013/1, p. 87	Autorisé
Swisscom / Deuromedia	2013/2, p. 256	Autorisé
Swisscom IT Services / Entris Banking	2013/2, p. 270	Autorisé
Migros / Lüchinger+Schmid Gruppe	2015/4, p. 799	Autorisé
Postfinance / SIX Payment Services	2016/4, p. 1074	Autorisé
HSDG / Maersk Line *	2017/4, p. 616	Autorisé
Galexis / Pharmapool	2018/2, p. 408	Autorisé
Ticketcorner / Tamedia / Starticket	2018/3, p. 658	Autorisé
Worldline / SIX Payment Services Group	2019/1, p. 165	Autorisé
Infracore / MPT Switzerland / Basler Versicherung / AEVIS	2019/2, p. 521	Autorisé
Boeing / Safran	2019/2, p. 531	Autorisé
Esta / RRJ Capital / Gategroup	2019/3b, p. 1035	Autorisé
The Blackstone Group / CRH Gétaz Holding	2019/4, p. 1195	Autorisé
Michelin / Faurecia / Symbio	2019/4, p. 1207	Autorisé
* Acceptée dans la mesure où la Commission européenne a déjà prononcé des charges et conditions.		

Concentrations susceptibles de déployer des effets verticaux, entre 1997 et 2019.

Les effets verticaux sont provoqués soit par l’émergence d’une entité seule **dominant individuellement** le marché, soit par une réduction du nombre d’acteurs du marché favorisant une **dominance collective**.

2. La dominance individuelle qualifiée

a. Remarques générales

La dominance individuelle décrit la situation dans laquelle une entreprise seule est à même, en matière d’offre ou de demande, de se comporter de manière **essentiellement indépendante** par rapport aux autres participants au marché, soit ses concurrents, ses fournisseurs ou ses clients (art. 4 al. 2 LCart) (N 196)⁴⁵³.

b. Les critères du test

L’entité intégrée verticalement est à même, en particulier si elle détient une position dominante sur le marché amont (celui sur lequel la partie qui fournit les intrants (N 63) est active) ou aval (celui sur lequel la partie qui acquiert

453 DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG, *Kartellrecht*, n° 163 ; PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 64.

les intrants et distribue le produit aux clients est active) de la chaîne de distribution, de **verrouiller l'accès** de ses concurrents aux intrants ou aux clients (i.)⁴⁵⁴.

361 En marge du verrouillage du marché, l'intégration verticale d'une entité active sur le marché aval ou amont peut en outre engendrer d'**autres effets** non coordonnés (ii.).

362 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant conduire à une position de dominance individuelle comme un test **de type B**.

(i) *Le verrouillage du marché*

363 La Comco examine si la concentration crée un risque **d'entrave de l'accès** des concurrents au marché des intrants ou des clients. Lorsque l'accès de tiers au marché amont ou aval est compromis par l'opération de concentration, cela peut engendrer une position dominante en créant un risque que les parties favorisent à long terme des relations de livraison exclusives entre elles⁴⁵⁵.

364 **Le verrouillage de l'accès aux intrants** est réalisé lorsque l'entité résultante, après la fusion, est en mesure de limiter l'accès à certains produits ou services, qu'elle aurait continué de livrer si la fusion n'était pas intervenue⁴⁵⁶. Le verrouillage a pour conséquence de faire augmenter les coûts des concurrents dans la mesure où il leur sera plus difficile de se fournir en intrants au même prix et aux mêmes conditions qu'avant la concentration⁴⁵⁷. La condition centrale pour la réalisation d'un verrouillage des intrants est qu'il porte sur un intrant important pour la production sur le marché aval, soit lorsque les parties à la concentration exercent un degré important de pouvoir de marché sur le marché amont⁴⁵⁸.

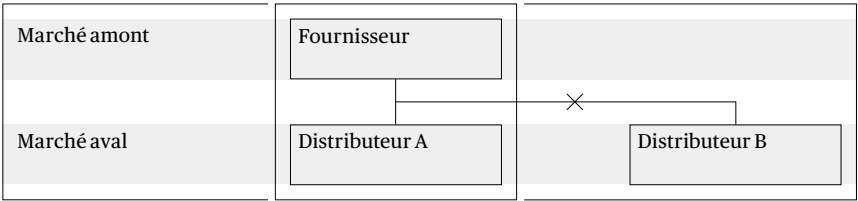
454 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 106.

455 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 90.

456 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 128.

457 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 106, cf. ég. **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 529.

458 Affaire *Worldline/SIX Payment Services Group*, DPC 2019/1, n° 59 et 60, p. 173; Affaire *General Electrics/Alstom*, DPC 2016/1, n° 238, p. 246; Affaire *A4 Limited/B SA*, DPC 2013/1, n° 18, p. 87; Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, n° 184 ss, p. 582; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 107.

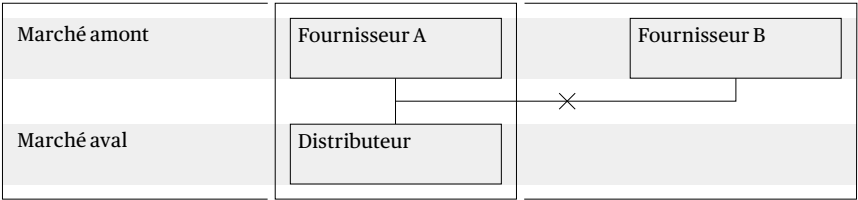


365

Verrouillage de l'accès aux intrants. Fournisseur et Distributeur A fusionnent et cessent les livraisons d'intrants à Distributeur B.

Le verrouillage de l'accès aux clients est possible lorsque l'entité résultante peut cloisonner l'accès à une quantité suffisante de clients pour ses concurrents sur le marché amont et ainsi diminuer leur capacité ou leur intérêt à entrer en concurrence avec l'entité résultante⁴⁵⁹. L'entité résultante peut ainsi augmenter les coûts pour ses concurrents dans la mesure où il leur sera plus difficile de fournir des produits ou des services aux mêmes prix et conditions que si la fusion n'avait pas lieu. L'entité résultante peut ainsi augmenter ses propres prix sur le marché des consommateurs⁴⁶⁰.

366



367

Verrouillage de l'accès aux clients. Fournisseur A et Distributeur fusionnent et verrouillent l'accès aux clients de Distributeur à Fournisseur B.

L'autorité doit déterminer si les conditions suivantes sont réunies :

368

- l'entité résultante disposera de la **capacité** de verrouiller l'accès aux intrants ou aux clients de manière significative (1°) ;
- il est **opportun** pour l'entité de verrouiller le marché des clients et des intrants (2°) ;
- le verrouillage produit un **résultat sur la concurrence** (3°)⁴⁶¹.

459 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 128.

460 Affaire Worldline/SIX Payment Services Group, DPC2019/1, n° 62, p. 173 s ; Affaire General Electrics/Alstom, DPC 2016/1, n° 245 p. 247 ; Affaire KKR & Co. L.P./Allianz/Selecta, DPC 2014/4, n° 51, p. 755 ; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 107 et 116.

461 Affaire Worldline/SIX Payment Services Group, DPC2019/1, n° 63, p. 174 ; Affaire Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG, DPC 2018/3, n° 325, p. 658 ; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 111, 114 et 117.

369 **1° La capacité de verrouiller l'accès aux intrants et aux clients.** La Comco doit établir si les parties peuvent parvenir à verrouiller l'accès aux intrants et aux clients⁴⁶².

370 Afin de parvenir à verrouiller l'accès aux **intrants**, l'entité verticalement intégrée doit disposer d'un important pouvoir de marché en amont et doit offrir un intrant important pour l'activité commerciale des concurrents en aval⁴⁶³.

371 D'après la pratique de la Comco, les parties disposent d'un **degré important de pouvoir de marché** lorsque l'entité résultante détient au moins 20% à 30% du marché pertinent⁴⁶⁴.

372 L'intrant est important pour les concurrents situés sur le marché aval lorsqu'il **ne peut être facilement dupliqué** ou substitué sans engendrer des coûts élevés⁴⁶⁵, ou lorsque les concurrents ne peuvent s'en dispenser.

373 L'entité résultante de l'opération dispose de la capacité de verrouiller l'accès aux **clients** lorsqu'elle jouit, par sa division sur le marché aval, d'une importante puissance d'achat. Afin d'estimer cette puissance d'achat, les parts de marché constituent un indice, de même que les gains d'efficacité que peut réaliser l'entité résultante et les baisses de revenu qu'elle peut engendrer chez ses concurrents en amont en baissant ses prix d'achat⁴⁶⁶.

374 **2° L'opportunité de verrouiller l'accès.** Lorsque la Comco établit que les parties auraient la capacité de verrouiller le marché si la concentration était réalisée, elle doit déterminer **leur intérêt à le faire**⁴⁶⁷.

375 Dans le verrouillage des **intrants**, l'autorité doit déterminer si l'entité résultante peut tirer profit d'un comportement anticoncurrentiel, en mettant en balance la potentielle perte de revenu engendrée par la baisse de volume de commandes des concurrents sur le marché aval, avec le gain de pouvoir de marché de la division située en aval⁴⁶⁸.

462 Affaire *Worldline/SIX Payment Services Group*, DPC 2019/1, n° 64, p. 174; Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 325, p. 658; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 111, 114 et 117; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 131.

463 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 108.

464 Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, n° 59, p. 568; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 109; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 132.

465 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 112.

466 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 118.

467 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 325, p. 658; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 134.

468 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 113; Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, n° 198, p. 584.

L'opportunité de verrouiller le marché des **clients** dépend de la rentabilité de l'opération également. Dès lors qu'il est meilleur marché pour la division sur le marché aval de se fournir auprès de concurrents de la division située sur celui en amont, il est peu opportun pour l'entité résultante de verrouiller le marché des clients⁴⁶⁹.

Bien qu'il nous semble logique que le critère de la capacité et de l'opportunité doivent être analysés cumulativement, la Comco semble les examiner indépendamment. En effet, dans l'**affaire Worldline / SIX Payment Services Group**, l'autorité a indiqué qu'il lui restait à déterminer l'opportunité de verrouiller le marché, même si elle avait déjà considéré que le critère de la capacité de le verrouiller ne paraissait pas rempli⁴⁷⁰. On ne voit cependant pas comment la Comco pourrait conclure à un risque de verrouillage si les parties n'en ont pas la capacité. Il faut donc évaluer ces critères cumulativement.

3° L'impact sur la concurrence. Tandis que le test européen impose explicitement comme condition que le verrouillage ait un impact sur la concurrence, la pratique suisse ne s'y réfère pas explicitement à ce moment de l'analyse du verrouillage⁴⁷¹. Il n'en demeure pas moins que le test suisse requiert impérativement que la concentration soit à **même de supprimer la concurrence efficace** pour être interdite ou soumise à conditions (N200). En effet, un verrouillage du marché qui demeure sans conséquence sur la concurrence, ne remplirait pas la condition légale de l'art. 10 al. 2 let. a LCart⁴⁷².

C'est donc à l'issue de l'**analyse de l'ensemble** des critères du test que la Comco pourra déterminer si le verrouillage est à même de supprimer la concurrence efficace, actuelle ou potentielle, en fonction de son examen des facteurs de contreponds⁴⁷³.

(ii) *Les autres effets non coordonnés*

En marge du verrouillage strict du marché, les entités intégrées verticalement sont susceptibles de pratiquer une **politique de prix discriminante**, ou tout autre levier leur donnant l'ascendant sur les concurrents sur le marché amont ou aval, conduisant à l'augmentation des coûts pour ceux-ci («*raising rivals' costs*»)⁴⁷⁴.

469 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 119.

470 Affaire **Worldline / SIX Payment Services Group**, DPC 2019/1, n° 70, p. 175.

471 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 47 ss; Affaire **SWX/SIS/Telekurs**, DPC 2007/4, n° 52, p. 567; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 137.

472 Voir aussi: BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 115.

473 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 139.

474 Affaire **SWX/SIS/Telekurs**, DPC 2007/4, n° 185 et 186, p. 582.

- 381 L'intégration verticale rend également l'accès au marché **plus onéreux** pour un nouvel entrant potentiel, dans la mesure où celui-ci, pour être compétitif, devrait entrer sur le marché amont et le marché aval en même temps. Les barrières à l'entrée sont ainsi plus hautes et l'effet disciplinant de la concurrence potentielle en est réduit d'autant⁴⁷⁵.

3. La dominance collective qualifiée

a. Remarques générales

- 382 Les concentrations verticales peuvent conduire à l'émergence de marchés oligopolistiques sur lesquels sont actives des entités intégrant la totalité de la chaîne logistique, de la production à la distribution. Ces concentrations renforcent ainsi la **symétrie** entre l'entité résultante et les autres entités déjà actives sur plusieurs marchés directement en amont ou en aval les uns des autres⁴⁷⁶.

- 383 La dominance collective s'apprécie de la même manière dans les concentrations verticales que dans les horizontales (N 313). Seule l'opération qui conduit à la création de la structure du marché permettant une dominance collective est différente. Nous ne ferons ci-après que quelques remarques spécifiques aux concentrations verticales. Dans les concentrations horizontales, c'est généralement une diminution du nombre de concurrents accompagnée d'une augmentation des parts de marché qui permet un comportement coordonné entre les concurrents. Dans les concentrations verticales, c'est la **création d'une nouvelle structure du marché** composée d'un faible nombre de concurrents actifs sur plusieurs échelons successifs, qui crée le risque de coordination.

b. Les critères du test

- 384 Afin de déterminer le risque que l'entité résultante de la concentration jouisse d'une position de dominance collective avec d'autres concurrents et qu'ensemble ils coordonnent leur comportement, la Comco examine la **possibilité** qu'ont les entreprises :
- **d'atteindre une coordination** (i.),
 - **de surveiller les comportements déviants** (ii.),
 - de mettre en œuvre des **mécanismes de dissuasion** (iii.), ainsi que
 - pour les outsiders, non parties à la coordination, de **déstabiliser la coordination** (iv.).

475 Voir en doctrine américaine : **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 526 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, p. 550.

476 Affaire *Bell/SEG*, DPC 1998/3, n° 37, p. 400.

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant conduire à une position de dominance collective comme un test **de type D** (N 321).

(i) *La possibilité d'atteindre une coordination*

Comme pour les concentrations horizontales, la Comco doit estimer le risque d'une coordination et évalue pour ce faire **l'intérêt économique** des parties à coordonner leur comportement dans la durée (N 322), le **nombre** de participants sur un marché, leur part de marché, notamment si les entités les plus importantes détiennent plus de 50% à 60% du marché (N 323), la **stabilité** générale du marché (N 325) ainsi que la **phase d'évolution** du marché (N 326).

Dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, la Comco a relevé d'abord que l'augmentation du degré de concentration du marché faisait augmenter le risque de comportement coordonné⁴⁷⁷. Ensuite, les deux plus importantes entités détenaient ensemble entre 70% et 90% du marché⁴⁷⁸. Enfin le marché était stable, de sorte qu'aucun développement de la demande, qui contraigne les entreprises à se concurrencer pour les gagner, n'était à attendre⁴⁷⁹.

(ii) *La surveillance des comportements déviants*

Un haut degré de **symétrie** dans l'organisation des affaires, dans les développements des produits et services et dans des structures de coûts des acteurs du marché facilite la transparence du marché, qui permet une surveillance plus aisée des comportements déviants et accroît ainsi le risque de coordination (N 331).

Les concentrations verticales peuvent parfois survenir pour intégrer la production et la distribution d'un produit et occuper un segment d'un marché sur lequel d'autres acteurs sont déjà organisés verticalement. Ces concentrations peuvent ainsi parfois **renforcer les symétries** entre plusieurs concurrents, qui parviendront plus facilement à une coordination⁴⁸⁰.

Dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, la Comco a considéré que la concentration diminuait le degré de symétrie entre les concurrents principaux au regard de leurs parts de marché, même si celui-ci demeurait élevé. Il suffisait à rendre une coordination possible. Cependant, l'autorité a souligné que les deux concurrents présentaient une asymétrie des intérêts, puisque le concurrent de l'entité résultante, *Zur Rose*, était détenu par ses propres clients et

⁴⁷⁷ Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 213, p. 409.

⁴⁷⁸ Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 212, p. 409.

⁴⁷⁹ Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 220, p. 410.

⁴⁸⁰ BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 140, 141 et 142.

avait pour but de les approvisionner aux meilleures conditions⁴⁸¹. Selon la Comco, le marché n'était en outre pas suffisamment transparent pour faciliter la coordination. En effet, les prix étaient négociés individuellement avec les clients et les prix d'approvisionnement étaient confidentiels. Ainsi, les entreprises ne connaissaient pas les prix pratiqués par leurs concurrents et n'étaient par conséquent pas en mesure de détecter une éventuelle trahison de la coordination⁴⁸².

(iii) *Les mécanismes de dissuasion*

391 Lorsque le marché se compose de plusieurs entreprises actives sur plusieurs marchés directement en amont ou en aval, les concurrents sur l'un ou l'autre des marchés peuvent **sanctionner un comportement déviant** notamment en augmentant leur production (N 307), inondant ainsi le marché pour combler la demande et faire chuter les prix⁴⁸³. Elles peuvent également verrouiller l'accès à des intrants ou à des clients si elles en ont la capacité, pour faire augmenter les prix de leurs concurrents (N 337).

392 Lorsque l'autorité ne peut pas établir que les concurrents peuvent efficacement se surveiller, elle n'examine pas la capacité de mettre en œuvre un mécanisme de dissuasion. Ainsi dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, la Comco, constatant que les prix pratiqués par les entreprises ne sont pas connus de leurs concurrents, a considéré qu'en l'absence de transparence, la sanction d'un comportement déviant était rendue difficile⁴⁸⁴.

(iv) *La réaction des outsiders*

393 La réaction des outsiders non participants à la coordination, qu'ils soient déjà actifs sur le marché ou qu'ils soient des entrants potentiels, peut mettre à mal la coordination par l'effet disciplinant de leur **intervention potentielle** (N 340)⁴⁸⁵.

394 Néanmoins sur un marché oligopolistique d'entités actives sur plusieurs échelons du marché à la fois, il est considérablement **plus difficile** pour un outsider de rompre la coordination. En raison des coûts accrus d'une entrée sur un marché organisé verticalement (N 381), les parties à la coordination sont comparativement **moins disciplinées** par la pression concurrentielle

481 Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 215, p. 409.

482 Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 216, p. 410.

483 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 151, p. 283 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 147.

484 Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 216, p. 410.

485 Affaire *Saint-Gobain/Sika*, DPC 2015/4, n° 71, p. 753 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 114.

d'un entrant potentiel que dans le cas des effets coordonnés des concentrations horizontales (N340). Les barrières à l'entrées sont renforcées par la concentration verticale, rendant ainsi une nouvelle entrée moins probable à court terme et nécessitant la mise en œuvre de plus larges moyens, diminuant ainsi encore le nombre de concurrents potentiels.

c. Une exception notable

En marge de l'examen de type D (N321), la Comco a exceptionnellement recouru à un test quantitatif empirique dans une concentration verticale avec risque de dominance collective, dans l'**affaire Coop/Waro** en 2003. Pour déterminer la concurrence sur les prix entre les acteurs du marché, la Comco a effectué une régression linéaire des prix des parties et de leurs concurrents pour déterminer l'influence que les prix des uns avaient sur ceux des autres⁴⁸⁶.

L'autorité s'est fondée sur une analyse privée fournie par les parties, qui a regroupé les produits commercialisés par les parties en marchés, puis a comparé les prix pratiqués par les parties dans chacun de ces marchés avec leurs prix moyens⁴⁸⁷. Il en est ressorti un indice qui décrit selon quel facteur les prix de l'une des parties sont **corrélés** à ceux de l'autre partie et à ceux du marché ou s'ils ne le sont pas⁴⁸⁸.

Il ressort de la **décision** que les deux plus grands concurrents du marché, *Migros* et *Coop*, ont une faible influence mutuelle sur leurs prix, car ceux-ci sont peu corrélés l'un à l'autre. En revanche, les deux suivent de près les oscillations des prix du marché, car leurs prix y sont hautement corrélés⁴⁸⁹. Par conséquent, la Comco en déduit qu'une coordination de *Coop* et *Migros* est peu probable⁴⁹⁰.

Il est intéressant de relever que, dans d'autres affaires ne traitant pas de contrôle des concentrations, la Comco a utilisé la régression des prix pour mesurer la proximité concurrentielle d'entreprises dans la même période entre 2003 et 2005⁴⁹¹. La **méthode n'a plus été utilisée** ensuite jusqu'à 2016, dans une décision en matière d'abus de position dominante⁴⁹². On peut dire donc qu'en tant qu'outil quantitatif empirique pour mesurer la proximité concurrentielle des concurrents dans un marché susceptible de voir survenir

486 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 85, p. 581.

487 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 84, p. 581.

488 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 91, p. 583.

489 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 96, p. 584.

490 Affaire *Coop/Waro*, DPC 2003/3, n° 100, p. 585.

491 *CoopForte*, DPC 2005/1, n° 71, p. 157; *Schlachtschweine A*, DPC 2004/3, n° 49, p. 692; *Gebäudeversicherung in den liberalisierten Kantonen*, DPC 2003/4, n° 29, p. 748.

492 *Sport im Pay-TV*, DPC 2016/4, n° 414, p. 972.

une dominance collective, la régression des prix a fait long feu. Cependant la Comco connaît ce critère et pourrait l'utiliser ultérieurement pour confirmer ou infirmer le risque d'effets anticoncurrentiels.

4. Conclusions intermédiaires

399 Dans une **minorité de cas**, la Comco contrôle les risques d'effets anticoncurrentiels liés à des concentrations verticales (N 353). Aucune d'entre elles n'a été interdite, mais deux ont été autorisées moyennant le respect de charges et conditions (N 354).

400 La Comco applique une **série de critères** pour déterminer si la concentration verticale peut engendrer des effets anticoncurrentiels. La concentration est susceptible de conduire à une position dominante individuelle ou à une situation de dominance collective (N 358).

401 Lorsque la concentration conduit à une **dominance individuelle**, la Comco évalue essentiellement le risque que l'entité résultante soit à même de verrouiller le marché (N 363). Elle examine si les parties ont la capacité (N 369) et l'intérêt (N 374) de verrouiller le marché et si l'opération devrait avoir un impact sur la concurrence (N 378). Si ces conditions ne sont pas cumulativement remplies (N 377), la Comco exclut que la concentration permette à l'entité résultante de verrouiller le marché.

402 En matière de dominance individuelle, on a également vu que la concentration pouvait conduire à créer **d'importantes barrières à l'entrée sur le marché** par le fait que l'entité résultante est à même de faire augmenter les coûts de ses concurrents potentiels (N 380) ou par le fait que l'entrée sur le marché est désormais plus coûteuse pour un entrant potentiel qui devrait entrer sur deux marchés simultanément pour pouvoir être concurrentiel (N 381).

403 En matière de **dominance collective**, les effets sont sensiblement identiques à ceux que peuvent déployer ensemble des entités dominant collectivement le marché après une concentration horizontale (N 383).

404 Nous avons également relevé que, dans un cas particulier, la Comco a eu recours à un **test économétrique**, en l'occurrence une régression des prix pour déterminer quelle pression concurrentielle connaissait le marché (N 395). Cette pratique n'a été appliquée que durant une courte période en 2003 avant une dernière apparition en 2016 (N 398).

C. Dans les concentrations conglomerales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par la Comco selon que la concentration conglomerale crée une dominance individuelle (2.) ou une dominante collective (3.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

Les **concentrations conglomerales** décrivent des opérations unissant des entités actives dans différentes branches. Les entités ne sont ni dans une relation horizontale ni dans une relation verticale, mais en principe actives sur des marchés voisins (N 54)⁴⁹³. Par **marché voisin**, on entend des marchés de produits qui, jusqu'à un certain degré, sont substituables ou dont la demande pour un produit évolue en parallèle⁴⁹⁴, ou dont les produits sont complémentaires (N 241). Les marchés peuvent également être totalement indépendants. Une telle concentration décrit **par exemple** la fusion d'une entité active dans les systèmes de communications avec une entité active dans la fabrication de produits alimentaires⁴⁹⁵.

Les **effets de conglomerats** sont susceptibles de survenir après la concentration d'entités qui ne sont ni actives sur le même marché, ni dans une relation de livraison d'un produit ou d'un service⁴⁹⁶. Les concentrations conglomerales pouvant engendrer des effets anticoncurrentiels sont celles entre entités actives sur des marchés de produits complémentaires ou s'adressant aux mêmes groupes de clients⁴⁹⁷.

Les conglomerats ont longtemps été considérés comme **majoritairement inoffensifs** pour la concurrence, en raison du fait qu'ils ne conduisent pas à l'addition de parts de marché et qu'ils peuvent réaliser d'importants gains d'efficacité. L'opération peut conduire à de meilleurs produits, un choix de produits plus diversifié ou des prix plus avantageux⁴⁹⁸.

Lorsque les parties sont actives sur des marchés voisins, des effets anticoncurrentiels peuvent néanmoins naître lorsque les produits proposés sont

493 Cf. p. ex. Affaire *Strabag SE/Astrada AG*, DPC 2012/2, n° 5, p. 437; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 128; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10.

494 Affaire *Swisscom/Deuromedia*, DPC 2013/2, n° 25, p. 255 CR LCart, CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 128.

495 **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 10.

496 Message LCart 1994, p. 548; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 38.

497 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 38.

498 Affaire *Swisscom/Cinetrade*, DPC 2005/2, n° 167, p. 379; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 121.

complémentaires ou lorsqu'ils s'adressent au même public. Les produits jouissent alors d'un effet de portefeuille et les parties risquent de **grouper ou de lier** les ventes des produits, forçant l'achat des produits des deux parties⁴⁹⁹.

410 Les effets anticoncurrentiels sont à examiner sous l'angle de la suppression de la **concurrence potentielle**, car les parties ne sont pas actives sur les mêmes marchés et, par conséquent, leurs parts ne s'additionnent pas⁵⁰⁰.

411 Pour que des effets congloméraux puissent se produire, les parties doivent jouir d'une **position dominante** sur l'un des marchés au moins. Si ce n'est pas le cas, l'opération ne présente en général pas de risque pour la concurrence⁵⁰¹.

412 Dans la **pratique suisse**, la Comco a rendu 9 décisions sur 628 publiées (N 213), soit 1.43%, qui sont susceptibles de déployer des effets de conglomérats⁵⁰². Une seule d'entre elles a été interdite⁵⁰³.

Affaire	DPC	Décision
Publigroupe / Swisscom	1998/4, p. 609	Autorisé
Credit Suisse Groupe / Belcom Holding	1999/3, p. 503	Autorisé
Tamedia / Edipresse / Homegate	2005/2, p. 325	Autorisé
Swisscom Fixnet / Cybernet	2006/2, p. 260	Autorisé
Bouygues / Alstom	2006/3, p. 493	Autorisé
Infront / Ringier	2011/2, p. 299	Autorisé
Postfinance / SIX Payment Services	2016/4, p. 1075	Autorisé
BLS / Transport ferroviaire Holding	2017/3, p. 473	Autorisé
Ticketcorner / Tamedia / Starticket	2018/3, p. 658	Interdit

Concentrations susceptibles de déployer des effets de conglomérats, entre 1997 et 2019

499 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 122; **WEBER/VOLZ**, Wettbewerbsrecht, n° 2.1042.

500 Affaire CoRe Berner Zeitung / Tamedia / Comco, DPC 2006/2, n° 9.3, p. 386; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 122.

501 Affaire Tamedia / Edipresse / Homegate, DPC 2005/2, n° 88, p. 325; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 123.

502 Affaire Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, DPC 2018/3, n° 325, p. 658; Affaire BLS / Transport ferroviaire Holding, DPC 2017/3, n° 62, p. 473; Affaire PostFinance AG / SIX Payment Services AG / TWINT AG, DPC 2016/4, n° 101, p. 1075; Affaire Infront / Ringier, DPC 2011/2, n° 50, p. 299; Affaire Bouygues / Alstom, DPC 2006/3, n° 5, p. 493; Affaire Swisscom / Cybernet, DPC 2006/2, n° 111, p. 260; Affaire Tamedia / Edipresse / Homegate, DPC 2005/2, n° 88, p. 325; Affaire Credit Suisse Groupe / Belcom Holding, DPC 1999/3, p. 503; Affaire Publigroupe / Swisscom, DPC 1998/4, n° 61, p. 609.

503 Affaire Ticketcorner Holding AG / Tamedia AG / Ticketcorner AG / Starticket AG, DPC 2018/3, n° 325, p. 658.

2. La dominance individuelle qualifiée

a. Remarques générales

La Comco doit définir la **capacité et l'intérêt** de l'entité résultante à déployer 414
des effets anticoncurrentiels non coordonnés avec des tiers, de même que
l'impact de ces effets sur les concurrents et le marché⁵⁰⁴.

L'entité dominante est à même de verrouiller le marché y compris en 415
imposant des transactions couplées, d'utiliser des effets de portefeuille,
d'utiliser des **effets de levier** (discipline tarifaire)⁵⁰⁵.

b. Les critères du test

La dominance individuelle d'une entité active sur plusieurs marchés voisins 416
peut lui garantir certains **avantages concurrentiels** et la mettre en position
de déployer plusieurs pratiques anticoncurrentielles. Les effets peuvent
prendre les formes suivantes :

- le **verrouillage du marché** (i.),
- les effets de **portefeuille** (ii.), et
- la **discipline tarifaire** (iii.).

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une 417
concentration conglomérale pouvant conduire à une position de dominance
individuelle comme un test **de type C**.

(i) *Le verrouillage du marché*

Les concentrations conglomérales présentent notamment des risques de ver- 418
rouillage du marché. C'est le cas en particulier lorsque la concentration crée
sur un marché une augmentation de pouvoir de marché qui donne à l'entité
résultante la capacité de verrouiller le marché (1°) et l'intérêt de le faire (2°).
En outre, le test suisse requiert que le verrouillage ait un impact sur la concu-
rence (3°)⁵⁰⁶.

1° La capacité de verrouiller le marché. La Comco doit établir si les parties 419
ont la capacité de verrouiller l'accès aux intrants ou aux clients (N 369).

Dans les concentrations conglomérales en particulier, le verrouillage du 420
marché peut survenir lorsque l'entité **couple la vente** d'un produit liant avec

504 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 124.

505 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 124 et 125; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 123.

506 Affaire *PostFinance AG/SIX Payment Services AG/TWINTAG*, DPC 2016/4, n° 101, p. 1075.

un autre produit lié. Tel est le cas lorsqu'une concentration crée une entité qui peut imposer à ses clients l'achat de deux produits différents par une vente liée, elle verrouille ainsi le marché des produits⁵⁰⁷.

421 Pour être à même de verrouiller le marché dans une telle mesure, l'entité doit disposer d'un important **pouvoir de marché** sur l'un ou l'autre des marchés où elle est active⁵⁰⁸. La Comco doit déterminer si l'une ou l'autre des parties à la concentration dispose d'un tel pouvoir de marché sur son marché respectif⁵⁰⁹.

422 Selon la Comco, les parties disposent d'un pouvoir de marché sur le marché liant lorsque l'entité en détient **au moins 20% à 30% des parts** (N 371)⁵¹⁰.

423 **2° L'intérêt de verrouiller le marché.** Lorsque la Comco établit que les parties auraient la capacité de verrouiller le marché si la concentration était réalisée, elle doit déterminer l'intérêt des parties à le faire (N 374)⁵¹¹. C'est le cas lorsque l'entité résultante peut exclure un concurrent du marché ou augmenter ses prix, en forçant les clients à s'approvisionner en biens liés auprès de l'entité résultante plutôt qu'auprès d'un concurrent, par une vente liée.

424 **3° L'impact du verrouillage sur la concurrence.** La Comco doit enfin conclure que le verrouillage aura un impact sur le marché. Ce sera le cas si ni la concurrence actuelle ni la concurrence potentielle ne peuvent empêcher les effets anticoncurrentiels de se déployer (N 378)⁵¹².

(ii) *Les effets de portefeuille*

425 Le mécanisme des effets de portefeuille peut survenir en raison du fait que le pouvoir de marché qui découle d'un **portefeuille de produits** est plus grand que celui qui découle de la somme de ces éléments⁵¹³.

426 Les parties disposant d'un portefeuille de produits sur **plusieurs marchés** jouissent d'une part d'une plus grande marge de manœuvre dans la fixation des prix, des rabais et des actions commerciales grâce à laquelle elles

507 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 126; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 144.

508 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 126.

509 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 144.

510 Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 59, p. 568; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 109.

511 Affaire Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG, DPC 2018/3, n° 325, p. 658; Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 52, p. 567; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 144.

512 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 144.

513 Affaire Unilever/Bestfoods, DPC 2001/4, n° 21, p. 704; Affaire IV/M.938 Guinness/Grand Metropolitan, n° 38; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 141.

sont en mesure d'adopter des comportements anticoncurrentiels. Elles peuvent d'autre part lier les ventes de ces produits et déployer une stratégie commerciale dépassant un seul marché⁵¹⁴.

Des groupes de sociétés actives sur différents marchés connexes bien que non reliés peuvent également obtenir l'**adjudication de marchés** importants liés entre eux et diminuer la concurrence potentielle. Il en va ainsi d'entreprises actives dans différents domaines de la construction qui pourraient obtenir ensemble des marchés d'entreprise générale ou totale⁵¹⁵.

(iii) *La discipline tarifaire*

La discipline tarifaire est l'**effet dissuasif** que peut produire l'entité résultante sur les autres participants au marché lorsque son pouvoir est accru en raison de sa capacité financière (N309)⁵¹⁶. Une concentration conglomérale peut, davantage qu'une autre concentration, donner la possibilité à l'entité résultante de conduire des guerres de prix sur un marché, tout en les finançant grâce à des ressources financières issues d'un autre de ses marchés⁵¹⁷.

La Comco reconnaît l'argument de la discipline tarifaire dans les concentrations conglomérales mais relève que la Commission européenne le considère comme **peu significatif**. La décision *Tamedia / Espace Media* mentionne que ce critère peut être utilisé dans une concentration pouvant engendrer des effets de conglomérat et en particulier que le *Bundeskartellamt* allemand y a déjà eu recours⁵¹⁸. La Comco n'a cependant encore jamais appliqué ce critère dans une concentration conglomérale.

3. La dominance collective qualifiée

Les concentrations conglomérales sont susceptibles, sur des marchés hautement concentrés, de **créer des oligopoles** d'entités en position de dominance collective.

Les critères utilisés pour évaluer le risque de comportement coordonné sont identiques, quel que soit le type de concentration qui a conduit à une structure de marché oligopolistique. Comme pour les concentrations horizontales (N320) ou verticales (N384), la Comco va examiner d'abord si le marché est **propice à la survenance** d'une coordination (N322), en fonction du

514 Affaire *Swisscom Fixnet / Cybernet*, DPC2006/2, n° 111, p. 260 ; Affaire *Unilever / Bestfoods*, DPC2001/4, n° 21, p. 704 ; **PRÜMMER**, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 141.

515 Affaire *Bouygues / Alstom*, DPC2006/3, n° 5 et 6, p. 493.

516 BSK KG-**MEINHARDT / WASER / BISCHOF**, art. 10 LCart n° 87.

517 Affaire *Tamedia / Espace Media*, DPC2007/4, n° 199, p. 628.

518 Affaire *Tamedia / Espace Media*, DPC2007/4, n° 200, p. 628 ; **BUNDESKARTELLAMT**, *Konglomerate Zusammenschlüsse*, p.13.

nombre de participants au marché ainsi que de leurs parts de marché, du degré de concentration du marché et de la substituabilité des produits.

432 Ensuite, l'autorité analyse la stabilité qu'aurait une éventuelle coordination en recherchant l'existence de **symétries** entre les concurrents (N 331), puis la capacité des membres de dissuader les comportements déviant de la coordination (N 336) en déterminant la surveillance que les entités peuvent exercer les unes sur les autres (N 329) ; et les interactions qu'elles ont simultanément sur d'autres marchés (N 325).

433 Enfin, la Comco détermine **la capacité des entités non participantes** de déstabiliser la coordination (N 338).

434 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration conglomerale pouvant conduire à une position de dominance collective comme un test **de type D** (N 321).

4. Conclusions intermédiaires

435 Nous avons constaté que la Comco s'intéresse aux potentiels effets anticoncurrentiels générés par une concentration conglomerale. Bien que le cas ne se soit pas souvent présenté, la Comco applique également certains **critères** permettant de déterminer si la concentration pourra avoir des effets de conglomerat anticoncurrentiels (N 407).

436 La concentration conglomerale peut avoir plusieurs effets anticoncurrentiels lorsqu'elle conduit à une **dominance individuelle** (N 414 ss). La liste n'est pas exhaustive, mais nous avons relevé la possibilité pour l'entité résultante de verrouiller le marché, notamment pas la vente liée ou groupée de produits (N 420). Nous avons également mentionné les effets de portefeuille, grâce auxquels une entité dispose d'une marge de manœuvre plus importante en distribuant plusieurs produits, pour fixer ses prix et ses marges et éventuellement pour grouper la vente de ses produits (N 426). Nous avons enfin abordé la discipline tarifaire par laquelle une entité peut financer des prix particulièrement bas dans un marché très concurrentiels par des prix élevés sur un marché où elle dispose d'une position dominante (N 428).

437 Lorsque la concentration survient sur un marché oligopolistique dans lequel les entreprises sont en position de **dominance collective**, les effets anticoncurrentiels sont les mêmes qu'en cas de concentration horizontale ou verticale qui conduisent à une dominance collective (N 431).

D. Conclusions intermédiaires

Nous avons déterminé, sur la base des décisions de la Comco, quels tests l'autorité applique à quel type de concentration. L'analyse nous permet d'identifier **quatre schémas de tests distincts** en fonction du type de concentration. 438

Le **type A** est le test appliqué pour les **concentrations horizontales conduisant à une dominance individuelle** (N 265). L'autorité y détermine si les caractéristiques du marché sont propres à permettre à deux ou plusieurs entreprises d'acquérir ou de renforcer, par leur opération de concentration, une position dominante individuelle capable de supprimer la concurrence efficace. 439

Le **type B** est le test appliqué pour les **concentrations verticales conduisant à une dominance individuelle** (N 359). L'autorité détermine par ce test si l'entité résultante a la capacité et l'intérêt de verrouiller les marchés amont ou aval et si un éventuel verrouillage a une incidence sur la concurrence sur le marché. 440

Le **type C** est le test appliqué pour les **concentrations conglomerates conduisant à une dominance individuelle** (N 414). Dans ce test, l'autorité détermine si l'entité résultante peut déployer des effets anticoncurrentiels tels qu'un verrouillage du marché, ou renforcer sa position dominante par des effets de portefeuille, ou encore imposer une discipline tarifaire. 441

Le **type D**, enfin, est le test appliqué pour les **concentrations risquant de créer une situation de dominance collective**, que la concentration soit horizontale (N 313), verticale (N 382) ou conglomerate (N 430). Ce test détermine si les caractéristiques du marché sont propres à permettre à deux ou plusieurs entreprises d'acquérir ou de renforcer, en raison de la concentration, une position de dominance collective capable de supprimer la concurrence efficace. Le type de concentration qui mène au marché dont l'autorité examine les caractéristiques ne joue pas de rôle. 442

IV. Le lien de causalité

La LCart exige un lien de causalité entre la concentration et la création ou le renforcement de la position dominante qualifiée, soit la position dominante capable de supprimer la concurrence efficace (N 198)⁵¹⁹. D'après la jurisprudence du TF, la concentration doit **causer** la suppression de la concurrence 443

519 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 150 ; WEBER/VOLZ, Wettbewerbsrecht, n° 2.1059.

efficace⁵²⁰. Ainsi, lorsque la concurrence efficace n'existe déjà plus sur le marché et qu'une concentration survient, celle-ci n'est pas la cause de la suppression de la concurrence et les conditions de l'art. 10 al. 2 let. b LCart ne sont pas remplies⁵²¹. La concentration doit par conséquent être admise⁵²².

444 Certains cas de figure particuliers sont appréhendés par l'autorité et peuvent engendrer une **interruption du lien de causalité**. Cela peut être le cas lorsque plusieurs concentrations sont notifiées simultanément (A.), lorsque la concurrence efficace était déjà inexistante avant la survenance de la concentration (B.) ou lorsque l'une des parties à la concentration est une entreprise défaillante (C.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (D.).

A. L'examen de concentrations simultanées

445 Lorsque plusieurs concentrations surviennent en parallèle sur le ou les mêmes marchés, il se peut que, examinées individuellement, elles ne soient pas à même de créer une situation de position dominante qualifiée (N 198), mais **envisagées toutes ensemble**, elles créent une situation propice à une dominance collective du marché (N 313).

446 Ainsi selon que l'autorité considère les autres concentrations **survenant parallèlement** ou non, il se peut que la concentration examinée soit causale de la création d'une situation de dominance collective ou non.

447 Par exemple, deux concentrations survenant sur un marché comptant quatre concurrents principaux qui fusionnent deux par deux : examinées ensemble et en postulant que les deux aboutissent, il s'agirait de deux concentrations « 4-à-2 »⁵²³. Il se pourrait alors qu'elles soient interdites en raison du risque de création d'une position dominante collective capable de supprimer la concurrence efficace. Prises individuellement et successivement, la première constituerait une concentration « 4-à-3 », tandis que la seconde constituerait une concentration « 3-à-2 ». Il existerait ainsi une possibilité que la première soit acceptée et la seconde interdite. Le résultat peut donc être **différent selon le système** choisi par l'autorité.

520 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 168.

521 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328.

522 CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 58.

523 Pour donner une estimation du degré de concentration du marché résultant, nous désignons les concentrations par le nombre d'entités principales présentes sur le marché avant et après la concentration. Cf. p. ex. **KWOKA**, *Does Merger Control Work?*, p. 625.

Dans sa décision *AZ Medien/NZZ*, la Comco a mentionné la pratique européenne consistant à n'observer la situation du marché **qu'au moment de l'annonce** de la concentration à l'autorité et de traiter les opérations dans l'ordre d'arrivée⁵²⁴. La Comco n'ayant pas ouvert d'examen approfondi dans cette affaire, elle a **laissé cette question ouverte** et n'a pas indiqué si elle souhaitait suivre la Commission européenne dans cette pratique⁵²⁵.

La pratique de la Commission européenne consistant à n'examiner les concentrations que l'une après l'autre constitue certes une entorse au caractère dynamique de l'examen du marché, lequel doit notamment intégrer **les entrées et les sorties du marché** (N 278)⁵²⁶. En effet, si l'autorité considère les entrées et sorties futures du marché, elle devrait également tenir compte de la diminution du nombre de concurrents actifs en raison d'un risque que la concentration entre certains d'entre eux aboutisse.

Nous sommes toutefois d'avis que la Commission européenne examine à juste titre les concentrations l'une après l'autre dans leur **ordre d'arrivée** pour les raisons suivantes :

Cela permet d'une part de garantir la **sécurité juridique**, car les paramètres du marché sont établis avec davantage de certitude lorsque l'autorité examine les concentrations de manière successive. A l'inverse, si elle formule des hypothèses *a priori* sur le résultat de ses propres décisions, les paramètres sont davantage supposés⁵²⁷.

D'autre part, sur le plan pratique, cela évite que si une concentration est annoncée à l'autorité **au cours du contrôle d'une autre**, cela engendre une différence de l'analyse du marché entre le début et la fin de l'examen.

En revanche, cette solution n'exclut pas le risque que quatre acteurs principaux d'un marché, intéressés à fusionner deux par deux, **coordonnent la notification simultanée** de leurs opérations pour optimiser leurs chances de voir les deux concentrations aboutir. Un tel comportement pourrait cependant à notre avis éventuellement constituer un accord affectant de manière notable la concurrence et qui n'est pas justifié par des motifs d'efficacité économique, au sens de l'art. 5 LCart.

Néanmoins, il nous semble que l'entorse au principe de l'examen dynamique du marché reste modeste et **qu'elle se justifie** pour les raisons de sécurité juridique et pratiques évoquées. De plus, la possibilité théorique d'une

524 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 157, p. 893.

525 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 158, p. 893.

526 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, n° 348, p. 641 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 62.

527 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 157, p. 893.

coordination conduisant à une notification simultanée semble peu probable et risquée. A défaut d'être optimale, cette solution est préférable à celle consistant à faire préjuger l'autorité du résultat de son examen dans une autre concentration. Cette dernière pourrait théoriquement contraindre l'autorité à choisir en cours d'examen laquelle des deux opérations devrait être autorisée et laquelle devrait par conséquent être interdite.

B. L'absence de concurrence avant la concentration

455 Pour que la concentration soit à même de supprimer la concurrence efficace, il est indispensable qu'une concurrence existe **avant la concentration** et qu'elle n'existe plus après⁵²⁸.

456 Dans l'**affaire *Swissgrid***, le Tribunal fédéral a considéré que l'exploitation commune d'un réseau de distribution d'électricité au sein d'une seule entreprise ne pouvait pas supprimer la concurrence, partant que celle-ci n'existait déjà pas avant la concentration⁵²⁹.

457 Par conséquent, lorsque la concurrence n'existe déjà pas avant la concentration, notamment parce que l'une des parties peut déjà adopter un comportement de monopoleur sans craindre la concurrence des autres entités, ou si l'une des parties détient une très grande part de marché et intègre un autre concurrent de faible importance concurrentielle, la concurrence n'est pas supprimée **en raison de la concentration** (N 198)⁵³⁰.

458 Cette jurisprudence nous semble **critiquable** et son résultat sur le contrôle des concentrations néfaste. En effet, elle permet à un monopoleur de maintenir sa position dominante en acquérant tout nouveau concurrent, et ainsi empêcher par exemple le développement de l'innovation, imposer une politique des prix au sein du groupe, répartir des marchés ou définir des quantités de production entre les entreprises regroupées dans le monopole.

459 Dans l'**affaire *AZ Medien / NZZ***, la Comco relève que NZZ, le groupe Tamedia et le groupe Ringier disposent déjà de l'intégralité du marché à eux trois et que, par conséquent, la fusion de NZZ et AZ Medien ne peut pas conduire à une suppression de la concurrence efficace, puisqu'elle n'existe déjà pas avant l'opération de concentration⁵³¹.

528 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 56 ; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 21.

529 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329.

530 **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1057.

531 Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, n° 332, p. 914.

Dans un tel cas, les conditions légales de l'art. 10 LCart ne sont **pas remplies**, 460 du fait que la concentration ne crée ni ne renforce une position dominante qualifiée (N198), puisque la concurrence est déjà supprimée. L'autorité ne peut donc pas interdire la concentration. Elle doit se contenter d'empêcher par la suite un éventuel abus de position dominante par le biais de l'art. 7 LCart⁵³².

C. L'entreprise défaillante

La Comco applique la théorie de l'entreprise défaillante⁵³³. Lorsque l'un des 461 acteurs du marché est contraint de le quitter à court terme en raison de la faillite de ses activités s'il ne reçoit pas une aide extérieure et que la plupart ou l'intégralité de ses parts de marché reviendront de toute façon aux entités restantes sur le marché, alors l'opération n'est **pas causale** de la modification de la structure du marché⁵³⁴.

Le Message de la loi de 1985 prévoit déjà cette situation et indique que le 462 contrôle ne devrait pas empêcher une entreprise qui n'est plus viable de réaliser une opération de concentration avec un partenaire plus fort. Si une concentration de ce genre n'avait pas lieu, il se produirait un **effet équivalent** par la disparition de l'entreprise la plus faible, ce qui entraînerait la perte d'un plus grand nombre d'emplois, sans changer la structure du marché⁵³⁵.

La Comco doit procéder à une **comparaison** des conditions de concurren- 463 ce sur le marché avec ou sans la reprise de l'entité défaillante⁵³⁶.

La Comco admet la défense de l'entreprise défaillante aux **trois condi- 464 tions** suivantes⁵³⁷ :

532 Cf. **BSK KG-AMSTUTZ/CARRON**, art. 7 LCart n° 1 ss.

533 **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 385; **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1769; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 11.

534 Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 356, p. 310; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 174 ss, p. 287; Affaire *Emmi/Swiss Dairy Food*, DPC 2003/3, n° 93, p. 548; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 191; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 151; **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 816.

535 Message LCart 1981, p. 1313.

536 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 174 ss, p. 287; Affaire *NZZ-Espace-Bund*, DPC 2004/2, n° 173, p. 518; **BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 169; **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 707.

537 Cf. not. **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1770.

465 1° L'entreprise défaillante sera **exclue du marché à brève échéance**⁵³⁸. La Comco doit donc faire état de la situation financière de l'entreprise défaillante et de ses perspectives futures⁵³⁹.

466 Dans les affaires *Le Temps*, *Batrec/Recymet* et *NZZ-Espace-Bund*, la situation de **surendettement** d'une des parties à la concentration a suffi à convaincre l'autorité de la sortie du marché à brève échéance⁵⁴⁰. Dans l'affaire *Emmi/AZM*, la situation de crise de liquidités persistante d'*AZM* a satisfait à la condition de l'exclusion prochaine du marché⁵⁴¹. Quant au critère de la brève échéance, dans l'affaire *NZZ-Espace-Bund*, l'autorité a considéré que la situation de surendettement du Bund allait le conduire à une faillite dans l'année en cours ou, au plus tard, dans le courant de l'année suivant la décision⁵⁴². **MARTENET** et **HOLZMÜLLER** évoquent un délai général de deux ans⁵⁴³.

467 2° Les actifs de l'entreprise défaillante seraient de toute façon **repris en tout ou en grande partie** par l'autre partie à la concentration⁵⁴⁴. Puisque la défense de l'entreprise défaillante est invoquée dans le cas de la suppression de la concurrence efficace, seule l'autre partie à la concentration devrait demeurer sur le marché. Cette condition est remplie lorsqu'il ne subsiste plus aucun autre concurrent sur le marché que l'entité reprenante et l'entreprise défaillante⁵⁴⁵. S'il subsiste d'autres acteurs, conformément à la pratique européenne, la condition reste remplie si la reprise empêche une perte inéluctable des actifs de l'entreprise défaillante pour le marché⁵⁴⁶.

468 Dans l'affaire *NZZ/Espace/Bund*, la Comco a observé que les parts de marché du Bund étaient liées à sa titularité d'une concession radiophonique accordée par la Commission fédérale de la Communication (ComCom). Une fois la faillite intervenue, la Commission devrait soumettre cette concession

538 Affaire *Emmi/Swiss Dairy Food*, DPC 2003/3, n° 90, p. 548; **DUCREY/ZURKINDEN/LAUTERBURG**, *Kartellrecht*, n° 386; **MEINHARDT**, *Sanierungen*, p. 129; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 153 et 156.

539 **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 705.

540 Affaire *NZZ-Espace-Bund*, DPC 2004/2, n° 178, p. 519; Affaire *Batrec/Recymet*, DPC 1999/1, p. 175; Affaire *Le Temps*, DPC 1998/1, n° 69, p. 54; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 173; **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 705.

541 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 180, p. 287.

542 Affaire *NZZ/Espace/Bund*, DPC 2004/2, n° 178, p. 519.

543 **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 191.

544 **MEINHARDT**, *Sanierungen*, p. 129; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 157.

545 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 183, p. 288; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 174; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 191; Voir Affaire COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, para. 142.

546 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 183, p. 288; Affaire *Emmi/Swiss Dairy Food*, DPC 2003/3, n° 91, p. 548; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 175; **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 706.

à un marché public dont le résultat ne pourrait pas être prévu par la Comco au moment du prononcé de la décision. Il n'était en tout cas pas évident à ce stade, d'après l'autorité, que la concession irait obligatoirement aux parties à la concentration. En l'espèce la condition n'est donc pas remplie⁵⁴⁷.

3° Il n'existe **pas d'autre solution moins dommageable** pour la concurrence que la concentration envisagée⁵⁴⁸. L'analyse de ce critère se fait sous l'angle économique et doit comparer la concentration proposée à toute autre concentration possible, verticale ou conglomerale, pour l'entreprise défaillante, avec une entité active sur un autre marché ou sur le même marché, voire avec une autre entité active dans un autre pays⁵⁴⁹. Lorsqu'une alternative moins dommageable pour la concurrence que la concentration examinée semble possible, l'entreprise défaillante doit indiquer pourquoi les meilleures concentrations alternatives n'ont pas été réalisées⁵⁵⁰.

Un repreneur prêt à reprendre l'entité à un **prix moins élevé** que celui proposé par l'autre partie à la concentration peut être considéré comme une solution moins dommageable pour la concurrence. En revanche, l'entité défaillante n'est pas tenue d'examiner une offre inférieure à sa valeur de liquidation⁵⁵¹.

La Comco connaît également la défense de la **division défaillante**, lorsqu'une filiale d'une entité ou d'un groupe de sociétés, ou une division interne non indépendante de l'entité est défaillante et qu'elle est partie à une concentration⁵⁵².

Les critères appliqués sont identiques à ceux retenus dans le cas de l'entreprise défaillante⁵⁵³. En raison toutefois des possibilités de manœuvre comptable, de flux d'actifs à l'interne du groupe ou de l'entité, les autorités de la concurrence ne peuvent pas nécessairement disposer d'une vision transparente de la **situation de la division défaillante**. L'argument doit donc être admis avec précaution et les conditions d'application doivent être interprétées plus strictement que dans le cas de l'entreprise défaillante⁵⁵⁴.

547 Affaire NZZ/Espace/Bund, DPC 2004/2, n° 183, p. 520.

548 Affaire Emmi/AZM, DPC 2006/2, n° 176, p. 287; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 191; **MEINHARDT**, *Sanierungen*, p. 129; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 158.

549 **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 707.

550 Affaire Emmi/AZM, DPC 2006/2, n° 189 et 190, p. 289.

551 **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 708.

552 Affaire Tamedia/PPSR, DPC 2009/3, n° 301, p. 299; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 154; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 61.

553 Affaire Tamedia/PPSR, DPC 2009/3, n° 305, p. 301.

554 Affaire Tamedia/PPSR, DPC 2009/3, n° 304, p. 300s; **MARTENET**, *L'entreprise ou la division défaillante*, p. 709; **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1072.

473 L'autorité a appliqué la défense de l'entreprise défaillante dans **six cas**⁵⁵⁵ **et a admis un cas de division défaillante**⁵⁵⁶. Depuis ce dernier cas en 2009, l'autorité n'a plus statué sur la base d'un tel argument.

474	Affaire	DPC	Décision
	Le Temps	1998/1, p. 39	Mesure
	Batrec / Recymet	1999/1, p. 174	Autorisé
	Ernst & Young / Arthur Andersen	2002/3, p. 356	Autorisé
	Emmi / Swiss Dairy Food	2003/3, p. 529	Autorisé
	NZZ-Espace-Bund	2004/2, p. 484	Autorisé
	Emmi / AZM	2006/2, p. 261	Autorisé
	Tamedia / PPSR	2009/3, p. 245	Autorisé

Concentrations appliquant la théorie de l'entreprise défaillante, entre 1997 et 2019

D. Conclusions intermédiaires

475 Nous avons établi dans cette partie que la Comco doit rechercher et démontrer un **lien de causalité** entre la concentration et la suppression de la concurrence efficace (N 443).

476 Nous avons identifié trois cas dans lesquels le lien de causalité n'était pas établi, soit lorsque la concentration n'est pas la cause de la suppression de la concurrence efficace.

477 **1° La survenance simultanée de plusieurs concentrations** (N 445). Dans ce cas, si les concentrations sont examinées simultanément, le résultat peut être différent du cas où elles sont examinées successivement (N 447). Nous avons relevé que la Comco, dans sa pratique la plus récente, a mentionné la pratique européenne consistant à examiner les concentrations en fonction des conditions du marché au moment de la notification mais a laissé ouverte la question de savoir si elle souhaitait adopter ou non cette pratique, la concentration en question n'ayant pas donné lieu à un examen approfondi (N 448).

478 **2° La concurrence n'existe pas déjà avant la concentration** (N 455). Nous avons relevé que dans ce cas, le Tribunal fédéral a créé un précédent dont les

555 Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 299 ss, p. 299 ; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 174 ss, p. 287 ; Affaire *NZZ-Espace-Bund*, DPC 2004/2, n° 173, p. 518 Affaire *Emmi / Swiss Dairy Food*, DPC 2003/3, n° 84 ss, p. 547 ; Affaire *Ernst & Young / Arthur Andersen*, DPC 2002/3, n° 60 ss, p. 481 ; Affaire *Batrec/Recymet*, DPC 1999/1, p. 174 ; Affaire *Le Temps*, DPC 1998/1, n° 69 ss, p. 54.

556 Affaire *Tamedia/PPSR*, DPC 2009/3, n° 305, p. 301.

effets sur le contrôle des concentrations nous semblent néfastes. En effet, d'après cette règle, une entité disposant d'un monopole peut continuer sans problème d'absorber tout nouveau concurrent et ainsi ne jamais craindre de concurrence (N 458).

3° Le cas de l'entreprise défaillante (N 461). Le lien de causalité est rompu 479 lorsque l'une des parties à la concentration est vouée de toute façon à disparaître du marché. La suppression éventuelle de la concurrence est certes liée à la concentration, mais cette disparition de la concurrence serait de toute façon survenue en raison de la défaillance de la société. Lorsque les conditions sont remplies (N 464), la concentration peut être autorisée malgré la suppression de la concurrence qui survient après celle-ci. Nous avons présenté ici tous les cas dans lesquels la Comco a admis cette défense, permettant ainsi aux parties de voir leur concentration être autorisée. La Comco n'a cependant plus appliqué cette théorie depuis 2009 (N 473).

V. Les facteurs de contrepoids

L'art. 10 al. 2 LCart ne prévoit pas expressément l'examen de facteurs de 480 contrepoids pouvant **compenser la suppression de la concurrence**. Néanmoins, si la concentration a pour effet de créer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, cela implique qu'aucun facteur de contrepoids n'est venu neutraliser ces effets sur le marché pertinent. L'amélioration des conditions de concurrence sur le marché pertinent est donc comprise dans l'examen de la création de la position dominante capable de supprimer la concurrence efficace⁵⁵⁷.

Nous traitons ici de la concurrence potentielle créée par de nouveaux 481 entrants potentiels (A.), la discipline exercée par les cocontractants (B.), des gains d'efficacité réalisés par la concentration (C.), l'éventualité d'améliorations des conditions de concurrence sur un autre marché (D.) et l'évolution du marché et de la position des entreprises dans la concurrence internationale (E.), avant d'apporter de proposer des conclusions intermédiaires (F.).

A. La concurrence potentielle

La Comco n'examine en règle générale la concurrence potentielle que si **la 482 concurrence actuelle ne suffit pas** à produire un effet de discipline sur les

⁵⁵⁷ BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 160.

parties à la concentration⁵⁵⁸. Néanmoins, récemment dans l'affaire *Galexis/Pharmapool*, la Comco traite en parallèle de la concurrence actuelle et potentielle. En effet, elle examine la concurrence potentielle alors même que dans le cas d'espèce, la concurrence actuelle suffit à imposer aux parties un effet de discipline⁵⁵⁹.

483 Le risque d'une entrée de nouveaux concurrents sur le marché exerce sur les parties à l'opération une pression concurrentielle ayant un effet de discipline à condition que l'entrée soit suffisamment vraisemblable (1.), qu'elle puisse intervenir en temps utile (2.) et qu'elle soit suffisante pour mettre en danger les entreprises actives sur le marché et ainsi conduire à une modification effective de la situation du marché (3.)⁵⁶⁰.

1. La probabilité d'une entrée sur le marché

484 L'entrée sur le marché est probable lorsqu'elle est **rentable** pour le nouvel entrant. La rentabilité dépend notamment du prix prévisible que l'entrant peut pratiquer et de la réaction des entités préalablement actives sur le marché. Lorsque les perspectives de croissance du marché pertinent sont importantes, notamment par son ouverture à la concurrence internationale, la probabilité d'une entrée est plus élevée⁵⁶¹.

485 La probabilité d'une entrée sur le marché est déterminée également par **les barrières à l'entrée sur celui-ci**⁵⁶². Le Message indique qu'une concentration intervenant sur un marché libre de barrière permet l'émergence d'une concurrence potentielle et ne présente donc pas de risque d'apparition d'une position dominante⁵⁶³. En déterminant l'importance des barrières à l'entrée spécifiques au marché, la Comco peut estimer si l'entrée est probable ou non. Toute entrave à l'entrée sur le marché, engendrant pour l'entrant des coûts ou des risques importants, diminue la probabilité d'une entrée réussie sur le marché⁵⁶⁴.

558 Affaire *Gétaz Romang/Miauton*, DPC 2000/1, n° 32, p. 62; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 174; CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 106 et 107; **DUCREY**, SIWR, p. 279; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 90 ss.

559 Affaire *Galexis AG/Pharmapool Aktiengesellschaft*, DPC 2018/2, n° 150, p. 402.

560 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 330, p. 659; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 74.

561 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 75; Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 86, p. 273.

562 CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 72.

563 Message LCart 1994, p. 509, 522 et 578.

564 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 436, p. 671; Affaire *Tamedia/Ricardo.ch*, DPC 2015/3, n° 203, p. 501; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 76.

Les barrières à l'entrée peuvent être de différente nature :

486

1° Les barrières de nature juridique ou réglementaire. Elles existent notamment lorsque le nombre de participants sur le marché est limité par des mesures juridiques, telles que des concessions ou l'octroi de permis pour l'exercice de l'activité⁵⁶⁵. Parfois la meilleure alternative pour un nouvel entrant pour contourner une telle barrière juridique peut être d'acquérir ou de fusionner avec une entité déjà en place sur le marché⁵⁶⁶.

487

Dans l'affaire *Emmi/AZM*, les parties plaident la prise en compte de la concurrence internationale en raison de changements législatifs dans les relations internationales, qui suppriment les barrières juridiques⁵⁶⁷.

488

2° Les barrières de nature technique ou structurelles. Les parties à la concentration peuvent réaliser ensemble une avancée technique rendant l'accès au marché plus difficile pour un nouvel entrant⁵⁶⁸. Ce critère tend aussi bien à créer des barrières à l'entrée sur le marché anticoncurrentielles, qu'à réaliser des gains d'efficacité ou des améliorations de la qualité des produits, proconcurrentiels et tendant à plaider en faveur de la concentration⁵⁶⁹.

489

3° Les barrières de préséance ou stratégiques. Celles-ci peuvent favoriser les entités en place et créer des barrières pour de nouveaux entrants, lorsque l'expérience, la réputation et la fidélité de la clientèle sont des facteurs importants de la réussite d'une activité économique⁵⁷⁰. Elles peuvent se concrétiser sous forme d'avantages de taille ou d'accès à des réseaux d'entreprises ou de distribution, notamment lorsqu'un entrant ne peut pas **dupliquer** ou qu'il doit investir des sommes importantes pour dupliquer un tel réseau de distribution⁵⁷¹.

490

565 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 1611 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 172 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 92.

566 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 77.

567 Affaire *Emmi/AZM*, DPC 2006/2, n° 89, p. 273.

568 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 78 ; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 1612 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 93.

569 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 173 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 166.

570 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 80 ; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 1613 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 175.

571 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 79.

491 Les barrières de préséance des entités en place engendrent **des coûts** pour les entités qui voudraient entrer sur le marché⁵⁷². Les parties à la concentration sont tenues d'estimer les coûts d'entrée et de les indiquer dans la notification de leur concentration (art. 11 al. 1 let. f OCCE).

492 Dans l'**affaire Ticketcorner/Starticket**, les contrats d'exclusivité entre Ticketcorner et ses fournisseurs ou des revendeurs importants, constituent des barrières qui peuvent empêcher les nouveaux entrants de s'installer profitablement sur le marché⁵⁷³. Les parties soutiennent également que les barrières à l'entrée sur le marché de la vente en ligne de billets sont basses en raison du fait qu'il suffit de développer un programme informatique de vente en ligne. CTS-Eventim, filiale de Ticketcorner indique néanmoins avoir investi en 2015 plus de 2'000'000 EUR dans le développement de son système de vente en ligne, ce qui contribue d'après la Comco à rendre peu vraisemblable l'entrée de nouveaux concurrents dans la distribution des billets⁵⁷⁴.

493 Dans l'**affaire AZMedien** la Comco a estimé le coût d'entrée sur un marché en phase de déclin comme directement comparable au prix d'achat de l'un des concurrents sur ce marché⁵⁷⁵.

494 Afin d'estimer l'importance des barrières à l'entrée sur le marché, la Comco examine **l'historique des démarches** d'entrée sur le marché dans les années précédant l'opération (art. 11 al. 1 let. f OCCE)⁵⁷⁶.

2. Le délai d'entrée sur le marché

495 L'entrée sur le marché de nouveaux concurrents doit pouvoir survenir suffisamment rapidement pour empêcher l'exercice du nouveau pouvoir de marché de l'entité résultante de la concentration. Conformément à la pratique de la DG Concurrence, la Comco considère qu'une entrée sur le marché survient suffisamment tôt lorsqu'elle aboutira dans un délai **d'environ deux à trois ans** après la réalisation de la concentration⁵⁷⁷.

572 **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 94.

573 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 302, p. 654.

574 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 338, p. 659 et n° 341, p. 660.

575 Affaire *AZMedien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 196, p. 898.

576 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 344 ss, p. 660.

577 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 330, p. 654 ; Affaire *Swisscom fixnet/Cybernet*, DPC 2006/2, n° 89, p. 258. BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 82.

3. La suffisance de l'entrée sur le marché

L'entrée sur le marché doit être d'une ampleur suffisante pour mettre en dan- 496
ger les entités actives sur le marché et l'entité résultante de la concentration.
La nouvelle entrée doit pouvoir conduire à une **modification effective** des
rapports de concurrence sur le marché⁵⁷⁸.

B. La discipline par les cocontractants

Lorsque les entreprises ne connaissent pas de pression concurrentielle proven- 497
nant d'une concurrence actuelle ou potentielle, la Comco analyse la position
des **cocontractants** de l'entité résultante⁵⁷⁹. Les cocontractants peuvent dis-
cipliner une dominance collective ou individuelle⁵⁸⁰.

En effet, face à une **dominance collective**, les cocontractants jouissant 498
d'une importante puissance d'achat peuvent disposer d'un pouvoir de disci-
pline sur le marché sur lequel la concentration a lieu et empêcher ainsi les
concurrents de coordonner leur comportement, ou encore déstabiliser une
coordination en cours (N 311). Si une seule commande importante à un prix
préférentiel peut être négociée par un cocontractant, un participant à la coor-
dination peut considérer qu'il est dans son meilleur intérêt économique de ne
pas respecter les termes de la coordination⁵⁸¹.

En cas de risque de **dominance individuelle** de l'entité résultante, les 499
cocontractants peuvent disposer d'un pouvoir de discipline, par exemple
s'ils sont eux-mêmes actifs sur des marchés hautement concentrés ou s'ils
jouissent d'une position dominante⁵⁸². Dans ce cas, la concentration pourra
même rétablir un certain équilibre dans les rapports de force et promouvoir
la concurrence⁵⁸³.

Cependant une **simple égalisation** des pouvoirs de négociation en pré- 500
sence permet certes de diminuer le pouvoir de marché relatif (N 204) entre

578 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 150, p. 402 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 83.

579 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 365, p. 664 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 84 ; **DUCREY, SIWR**, p. 281s. ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 78 ss.

580 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 160.

581 Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 511, p. 190 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 143.

582 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 84.

583 Affaire *Mutuel/Supra*, DPC 2015/1, n° 9, p. 93 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 161.

les cocontractants, mais ne résout pas les effets anticoncurrentiels absolus dont ils bénéficient sur leurs marchés respectifs⁵⁸⁴. Que leurs concurrents puissent toujours avoir recours à l'art. 7 LCart en cas d'abus de position dominante n'est pas pertinent dans le cadre du contrôle des concentrations, puisque celui-ci a vocation à empêcher la naissance d'effets anticoncurrentiels.

501 Pour estimer quelle discipline les cocontractants peuvent exercer, la Comco établit dans quelle mesure ceux-ci peuvent rediriger leurs achats vers d'autres sources d'approvisionnement, fabriquer leurs intrants eux-mêmes ou s'intégrer verticalement sur le marché des parties à la concentration. S'ils peuvent s'affranchir de l'entité résultante dans un **délai restreint**, l'autorité considère qu'ils peuvent jouer leur rôle disciplinant⁵⁸⁵.

C. Les gains d'efficacité

502 La prise en compte des gains d'efficacité réalisés par la concentration sur le marché pertinent fait l'objet d'**avis divergents**.

503 D'une part, le groupe de travail chargé de l'évaluation de la LCart (N 4) a exclu la prise en compte des gains d'efficacité réalisés sur le même marché. Il a considéré que seuls les gains d'efficacité réalisés sur **un autre marché** peuvent être pris en compte et que l'augmentation du bien-être du consommateur en raison d'un gain d'efficacité sur le marché concerné n'est pas prise en compte en Suisse⁵⁸⁶.

504 La Comco a, elle aussi, **exclu la reconnaissance des gains d'efficacité** sur le marché concerné : elle a salué dans une prise de position sur le projet de révision de la LCart de 2012, le fait que les parties pourraient désormais les invoquer à l'appui de leur projet de concentration⁵⁸⁷.

505 D'autre part, l'autorité a cependant indiqué dans l'**affaire France Télécom/Sunrise**, qu'une concentration qui réaliserait des gains d'efficacité compensant les effets anticoncurrentiels, ne serait certainement pas empêchée⁵⁸⁸, laissant ainsi entendre que ceux-ci pouvaient être admis.

584 DUCREY, *SIWR*, p. 282 s. ; ULRICH, *marktbeherrschenden Stellung*, p. 167.

585 Affaire *Procter & Gamble/Gillette*, DPC 2005/4, n° 51, p. 617 ; BSK KG-MEINHARDT/**WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 85.

586 Arbeitsgruppe Evaluation KG, n° 50, p. 34.

587 **COMCO**, *Stellungnahme der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen*, DPC 2010/4, Ch. 5, p. 791.

588 Affaire *France Télécom/Sunrise*, DPC 2010/3, n° 409, p. 559 ; PRÜMMER, **DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 160.

Certains auteurs soutiennent que les gains d'efficacité sont en fait **inclus dans l'examen** de l'art. 10 al. 1 let. a LCart. Selon eux, l'entité résultante d'une concentration générant des gains d'efficacité est davantage concurrentielle et peut proposer des prix plus avantageux pour ses clients ou investir des ressources économisées dans le développement de ses produits ou encore augmenter la pression concurrentielle sur le marché concerné. Par conséquent, une telle concentration ne conduirait pas à une suppression de la concurrence, mais à une augmentation de celle-ci. Une amélioration des conditions concurrentielles sur le marché concerné serait ainsi incluse dans le test⁵⁸⁹.

Selon d'autres auteurs, tels que **HEIZMANN/TOGNI**, les gains d'efficacité sont inclus dans le test suisse en raison de sa **similitude avec l'ancien test européen**. Pour les auteurs, le droit européen actuel tient compte des gains d'efficacité dans l'examen de la concentration, sur la base de l'art. 2 § 1 let. b du Règlement 139/2004. Le contenu de cet article existait déjà dans l'ancien droit européen à l'art. 1 § 2 let. b du Règlement 4064/89. Par conséquent, le droit suisse, étant fondé sur cet ancien droit, tient compte des gains d'efficacité autant que le droit européen⁵⁹⁰.

Selon nous, un **mélange de deux types de gains d'efficacité** perdure dans le débat.

A ce titre, le Tribunal de l'Union européenne, dans l'affaire *CK Telecoms UK c. Commission* de 2020, a opéré une distinction entre, d'une part, des **économies générales**, propres à toute concentration, telles que la rationalisation et l'intégration des processus de production et de distribution par l'entité issue de la concentration, l'élimination des structures doubles ou redondantes dans les chaînes de production et de distribution ainsi que le redéploiement ou le licenciement de personnel. Ceux-ci doivent être pris en compte par la Commission européenne, d'office, au stade de l'examen préliminaire, lorsque l'autorité doit déterminer si des effets anticoncurrentiels vont être produits par la concentration.

D'autre part, le Tribunal distingue les **gains d'efficacité** qui doivent être allégués par les parties au stade où l'autorité conclut que la concentration crée des effets anticoncurrentiels, et dont les parties doivent prouver qu'ils contrebalancent les effets négatifs de leur concentration⁵⁹¹.

589 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 160; **DUCREY/DROLSHAMMER**, *Komm. KG*, art. 10 LCart n° 31; **KRAUSKOPF/KAUFMANN**, *Rechtfertigungsgründe*, p. 17; **REICH**, *Stämpfli Handkommentar KG*, n° 33 ad art. 10 LCart; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 76; **ZURKINDEN**, *Kartellrecht*, p. 74.

590 **HEIZMANN/TOGNI**, *Kartellgesetzrevision*, p. 1599, cf. ég. **HEIZMANN/TOGNI**, *Neuregelung*, p. 105.

591 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 279.

- 511 En nous référant à cette distinction, nous sommes d'avis que les premiers sont inclus dans l'examen et sont ceux auxquels se réfèrent certains auteurs cités plus haut (N 506), et que les seconds ne peuvent pas être examinés par la Comco. A notre avis, la prise en compte des gains d'efficacité en tant qu'éléments d'appréciation concurrentielle globale de la concentration, afin de vérifier s'ils sont susceptibles de contrebalancer les effets restrictifs de la concentration, n'est **pas incluse** dans le test actuel⁵⁹².
- 512 1° Des gains d'efficacité réalisés par les parties ne **sont admissibles** que si la concentration ne supprime pas la concurrence efficace. Ils ne sont donc d'aucun secours aux parties.
- 513 Selon nous, l'autorité tient compte dans une certaine mesure des gains d'efficacité qui augmentent la concurrence sur le marché, comme le défendent certains auteurs (N 506), au **stade de la détermination de la potentialité des effets anticoncurrentiels** de la concentration mais l'argument est pratiquement sans incidence sur le contrôle. En effet, selon nous, ces gains d'efficacité, inhérents à toute concentration (N 508), sont inclus dans le test et plaident en faveur de l'autorisation de la concentration tant que celle-ci ne crée pas ou ne renforce pas une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. Ainsi, s'ils existent, la Comco conclura que la concentration n'est pas de nature à supprimer la concurrence.
- 514 A l'inverse, en raison du caractère structurel du test (N 195), si la concentration conduit à ces gains d'efficacité généraux mais qu'elle conduit également à un marché si hautement concentré qu'elle supprime toute concurrence actuelle et potentielle, l'interdiction de la **structure résultante du marché prime** les avantages immédiats pour les consommateurs. Il n'existe par conséquent pas de solution dans laquelle l'autorité peut autoriser une concentration qui supprime la concurrence efficace et qui, en même temps, crée des gains d'efficacité augmentant la concurrence⁵⁹³. Soit la concentration augmente la concurrence par des gains d'efficacité généraux et il demeure une concurrence actuelle ou potentielle suffisante, dans ce cas elle est autorisée, soit la concentration supprime la concurrence efficace et aucun gain d'efficacité ne peut la justifier.
- 515 2° Le droit suisse n'est **pas similaire à l'ancien droit européen** sur la question des gains d'efficacité.

592 **ZURKINDEN**, *Kartellrecht*, p. 74 ; **ZURKINDEN/TRÜEB**, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 11.

593 Cf. é.g. CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart, n° 128.

Le droit suisse est certes inspiré du test en vigueur dans le Règlement 516 4064/89 (N197), mais celui-ci **ne prévoyait pas la suppression de la concurrence** comme condition à une interdiction mais déjà l'entrave significative à la concurrence (art. 2 ch. 2 Règlement 4064/89). Or c'est justement ce critère qui empêche la survenance d'une concentration qui supprime la concurrence et qui en même temps améliore les conditions de concurrence sur le marché grâce à des gains d'efficacité réalisés par les parties (N 514).

3° La **lettre et le but de la loi** excluent la prise en compte de gains d'efficacité 517 qui contrebalancent les effets anticoncurrentiels.

D'après la **lettre de la loi**, le test suisse ne prévoit pas d'analyse des 518 gains d'efficacité sur le marché pertinent, qui puisse justifier une concentration qui crée ou renforce une position dominante qualifiée (N198). Elle mentionne expressément qu'une amélioration des conditions de concurrence **sur un autre marché** qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante, peut permettre à la Comco d'autoriser la concentration (art. 10 al. 2 let. b LCart)⁵⁹⁴. Le test ne prévoit pas, contrairement à l'argument avancé par **HEIZMANN/TOGNI**, la prise en compte du progrès technique et économique à l'avantage des consommateurs⁵⁹⁵, si bien que l'interprétation de ces auteurs va au-delà du texte légal.

D'un point de vue du **but de la loi**, le Message ne parle pas de la prise en 519 compte de gains d'efficacité ou d'amélioration des conditions de concurrence sur le marché pertinent dans le test suisse, mais indique au contraire explicitement « un autre marché »⁵⁹⁶. D'ailleurs, l'ancienne loi sur les cartels de 1985 (N140) permettait au contraire de tenir compte de **conséquences favorables aux consommateurs** du fait de la concentration. Les gains d'efficacité n'étaient pas présentés comme tel, mais énumérés sous forme d'exemples. Le message de la loi de 1985 indique que la concentration peut se révéler favorable en ce qui concerne l'abaissement des frais, la rationalisation des processus et les innovations en matière de production⁵⁹⁷.

A titre d'**illustration**, prenons une concentration horizontale entre le 520 n° 3 et le n° 2 du marché, permettant une optimisation des processus et une élimination des structures doubles ou redondantes. Celle-ci réalise certes des

594 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 473, p. 676 ; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 160.

595 **HEIZMANN/TOGNI**, *Kartellgesetzrevision*, p. 1599.

596 Message LCart 1994, p. 579.

597 Message LCart 1981, p. 1312.

gains d'efficacité généraux, propres à toute concentration (N 508). L'autorité constatera que la concentration crée une entreprise davantage concurrentielle, mais surtout, que la concurrence actuelle n'est pas supprimée puisqu'il reste le n° 1 du marché (en admettant que le risque d'effets coordonnés n'existe pas). En revanche, si les deux seuls acteurs du marché fusionnent, même si l'opération conduit légitimement aux mêmes gains d'efficacité, l'autorité constatera que la concentration supprime toute concurrence actuelle et potentielle et les gains d'efficacité ne pourront pas être invoqués par les parties à l'appui de leur concentration.

D. L'absence d'améliorations des conditions de concurrence sur un autre marché

521 Dans son analyse des effets anticoncurrentiels de la concentration, la Comco opère une comparaison en vertu de l'art. 10 al. 2 let. b LCart et envisage les **effets sur le marché global**, soit sur tous les marchés concernés par l'opération⁵⁹⁸.

522 Lorsque la concentration est susceptible de créer ou renforcer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, la Comco doit examiner dans un second temps si celle-ci ne provoque pas une **amélioration** des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 let. b LCart). D'après le Message « une concentration peut être autorisée en dépit de la suppression de la concurrence efficace qu'elle entraîne **sur un marché donné** si cette même concentration contribue à renforcer la concurrence sur un autre marché »⁵⁹⁹.

523 Cette disposition vise particulièrement les **concentrations conglomerates**, pour lesquelles les effets doivent être analysés sur chaque marché pertinent. Ainsi est-il possible que sur certains marchés les effets de la concentration soient négatifs tandis que sur d'autres ils soient positifs⁶⁰⁰.

524 La Comco doit procéder à une **balance des effets positifs et négatifs** sur chaque marché géographique et des produits, concerné par la concentration, y compris des marchés futurs⁶⁰¹. Les effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels sur les différents marchés doivent être pondérés par la phase de développement du marché pertinent, de sorte que la création d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace sur un marché

598 NEFF, *Auflagen und Bedingungen*, n° 5; PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 162.

599 Message LCart 1994, p. 579; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart n° 36.

600 Message LCart 1994, p. 579.

601 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 158; voir Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 9.2, p. 329.

en déclin (N 326) puisse être compensé par l'augmentation de la concurrence sur un marché en phase de croissance⁶⁰².

Pour que l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché soit retenue par la Comco, la concentration doit être **causale**. Lorsque l'amélioration survient en raison de charges ou de conditions acceptées par les parties, le lien de causalité avec la concentration n'est pas établi et ces améliorations ne peuvent pas entrer en ligne de compte dans la balance des effets positifs et négatifs de la concentration⁶⁰³.

E. L'évolution du marché et la position des entreprises dans la concurrence internationale

L'art. 10 al. 4 LCart prévoit que la concentration examinée par la Comco doit l'être, compte tenu de l'évolution du marché (1.) et de la situation de la concurrence internationale (2.).

1. L'évolution du marché

D'après l'art. 10 al. 4 LCart, la Comco, en évaluant les effets d'une concentration d'entreprises sur l'efficacité de la concurrence, tient aussi compte de l'évolution du marché, soit des **développements futurs de l'offre et de la demande** sur le marché. Ce critère d'évaluation dispose d'une portée propre, du fait qu'il figure dans un alinéa distinct de l'al. 2, relatif à l'examen de la création ou du renforcement d'une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace⁶⁰⁴. L'utilisation dans l'al. 4 du terme « aussi » indique que cet examen s'ajoute à celui réalisé dans le cadre de l'al. 2.

La notification des parties doit indiquer quelles sont les entreprises entrées sur le marché durant **les cinq dernières années** et celles qui pourraient le faire dans les trois ans qui suivent (art. 11 al. 1 let. f OCCE).

Même si l'évolution future du marché dispose d'une portée indépendante, l'argument se confond avec **le principe général de l'examen dynamique** de la concentration (N 201) et avec les entrées de nouveaux concurrents sur le marché (N 483)⁶⁰⁵. En effet, l'examen de cette évolution reprend

602 Message LCart 1994, p. 579; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 158 et 159; DUCREY, SIWR, p. 295; MARBACH/DUCREY/WILD, *Wettbewerbsrecht*, n° 1767; PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 167; WEBER/VOLZ, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1075.

603 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 328; cf. ég. Affaire *CoRe Swissgrid*, DPC 2006/2, consid. 5.3.2.c.aa, p. 332.

604 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 93; contra: PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 222.

605 PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 74; ZURKINDEN/TRÜEB, *Handkommentar*, art. 10 LCart n° 10.

les constats déjà effectués dans l'examen de la concurrence potentielle, notamment l'historique des tentatives d'entrée et la probabilité d'une entrée dans les deux à trois ans à venir (N 200)⁶⁰⁶.

530 La Comco distingue plusieurs phases de marché, soit les **phases expérimentale, de croissance, de maturité, de stagnation et de déclin** (N 326). Lors des deux premières phases, les conditions de la concurrence changent considérablement. L'innovation est constante et les entrées de concurrents sont fréquentes, ce qui crée une situation de forte concurrence⁶⁰⁷. Lors de la phase de maturité, la seule acquisition de parts de marché possible se fait aux dépens de celles des autres concurrents⁶⁰⁸. Dans les phases de stagnation et de déclin, la concurrence est moins marquée et les nouvelles entités enclines à entrer sur le marché se font plus rares.

531 Plus le marché est dans une phase initiale, plus la concurrence potentielle discipline les participants au marché. Dans ces premières phases, la Comco doit se **distancer de paramètres tels que les parts de marché**, qui peuvent ne représenter qu'imparfaitement la situation concurrentielle⁶⁰⁹. En effet, une entité ayant un fort potentiel d'innovation peut devenir un concurrent sérieux en peu de temps malgré une faible part de marché au moment de l'examen de la concentration. La Comco doit veiller à ce que la concentration n'élimine pas un concurrent particulièrement innovant, ce qui pourrait avoir des conséquences anticoncurrentielles, même si l'addition des parts de marché est minime⁶¹⁰.

2. La position des entreprises dans la concurrence internationale

532 Ce critère dispose d'une portée propre au même titre que l'évolution du marché (N 527). Ceci signifie que lorsque la Comco tient compte de la concurrence internationale, elle le fait **indépendamment du critère de l'examen de la concurrence potentielle**. Par conséquent, la concurrence internationale dont elle tient compte selon l'art. 10 al. 4 LCart peut permettre une concentration sur le marché suisse, même si les concurrents internationaux ne sont pas près d'entrer sur le marché suisse. En effet, si la concurrence internationale ne devait être prise en compte que si celle-ci allait entrer sur le

606 Voir notamment l'affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 383, p. 665.

607 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 131, p. 881; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 164.

608 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 138.

609 Affaire *Swisscom Fixnet/WLAN*, DPC 2003/1, n° 12, p. 112; BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 94.

610 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 96.

marché, elle serait incluse dans l'examen de la concurrence potentielle et l'art. 10 al. 4 LCart serait redondant.

La Comco doit examiner la position des parties dans **la concurrence internationale**, en particulier sur les marchés européen et américain ainsi qu'au niveau mondial. D'après le Message, la concurrence internationale justifie les concentrations des entités actives sur des marchés dynamiques, lesquelles doivent adapter leur taille et leur structure⁶¹¹. 533

La question de l'amélioration de la position de l'entité résultante vis-à-vis du marché international n'est pas une question d'intérêts publics non économiques, qui ressort à l'art. 11 LCart, mais **une question juridique** couverte par l'art. 10 al. 4 LCart. La disposition ne sert pas non plus à indiquer que le marché géographique peut s'étendre au-delà des frontières suisses⁶¹². Lorsqu'une concentration est autorisée compte tenu de la position des parties dans la concurrence internationale, la Comco tolère donc que sur le marché suisse, la concurrence soit annihilée en faveur de la création d'un champion national qui puisse entrer en concurrence avec celui d'un autre pays. 534

Il est ainsi possible pour l'autorité de tolérer une concentration conduisant à un haut degré de concentration sur le marché suisse, si celle-ci permet à l'entité résultante de rester concurrentielle sur le plan international. Cela signifie aussi qu'une concentration peut être autorisée, **malgré l'absence de concurrence sur le marché suisse** et l'absence actuelle de concurrence internationale, s'il est à prévoir que celle-ci se développera dans un avenir proche⁶¹³. Par conséquent, les consommateurs sur le marché suisse pourront devoir supporter la présence d'un monopoleur, si celui-ci fait face à une concurrence sur le plan international⁶¹⁴. 535

Dans l'**affaire Toni/Säntis**, la Comco a tenu compte de la concurrence internationale, en particulier sur les marchés danois et hollandais, qui se préparaient à une internationalisation de leurs activités. L'autorité indique dans sa décision que, dans ces pays, d'importantes concentrations ont eu lieu et qu'une seule entité coordonne l'intégralité du marché national du lait. L'autorité conclut que la concentration est par conséquent positive au vu de la position des parties dans la concurrence internationale⁶¹⁵. 536

611 Message LCart 1994, p. 523.

612 Affaire CoRe Swissgrid, DPC 2006/2, consid. 5.3.2, p. 331; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 162 et 163; **ZURKINDEN**, *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen*, p. 201. Contra: **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1768.

613 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 162; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 5.

614 CR Concurrence-**VENTURI/FAVRE**, art. 10 LCart n° 144.

615 Affaire *Toni/Säntis*, DPC 1999/1, n° 110, p. 125.

537 Une telle politique de la concurrence en matière de concentration favorise à notre avis les entreprises parties à l'opération, **au détriment de la concurrence** sur le marché suisse ainsi que des consommateurs suisses en fin de compte. L'art. 10 al. 4 LCart n'influence pas la définition du marché géographique (N 534). Ni les consommateurs du marché national suisse (N 535), ni les consommateurs du marché d'un autre Etat sur lequel un monopoleur est actif, ne sont protégés (N 536). La disposition favorise à notre avis l'émergence en Suisse d'un « champion » national au détriment des consommateurs qui sont privés de concurrence sur le marché suisse.

F. Conclusions intermédiaires

538 L'examen de la Comco tient compte de **facteurs pouvant contrebalancer un risque concurrentiel**. Ces facteurs de contrepoids sont généralement allégués par les parties et examinés par la Comco directement en lien avec un argument en défaveur de la concentration.

539 La Comco tient compte de la concurrence actuelle ayant le pouvoir de discipliner l'entité résultante. Si, sur la base de critères essentiellement structurels (N 195), elle conclut que celle-ci ne suffit pas, elle examine la possibilité qu'une **concurrence potentielle** puisse vraisemblablement entrer sur le marché, en temps utile et y exercer une influence effective sur la structure du marché (N 496).

540 Lorsque l'entité résultante risque de parvenir à une position dominante, la Comco examine si une discipline peut être imposée par un **cocontractant** de l'entité résultante qui disposerait lui-même d'un certain pouvoir de marché ou d'une puissance d'achat (N 497).

541 La prise en compte des gains d'efficacité sur le même marché que celui sur lequel les effets anticoncurrentiels de la concentration se déploient, fait débat en Suisse. La Comco a elle-même une position ambiguë (N 505). A notre avis **les gains d'efficacité ne peuvent pas être pris en compte** dans le test structurel actuel (N 511).

542 En revanche, la Comco peut tenir compte dans son examen d'une **amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché** (N 521). En appliquant ce critère, la Comco pourrait être amenée à choisir, entre deux groupes de consommateurs, lesquels peuvent souffrir d'une baisse de la concurrence, pour que d'autres puissent bénéficier d'une amélioration des conditions de concurrence.

543 Enfin, la Comco tient compte de la **phase d'évolution du marché** en raison du fait que celle-ci a une influence sur les possibilités pour les concurrents de gagner des parts de marché (N 530). La Comco tient compte également de

la concurrence internationale, d'une façon indépendante du critère de la concurrence potentielle (N 532).

VI. Les mesures correctives

Après quelques remarques générales (A.), nous abordons les différents types de mesures que la Comco peut prononcer, en les classant selon leurs effets. Les charges et conditions imposées par la Comco peuvent être regroupées en deux catégories, soit les mesures d'ordre structurel (B.) ou d'ordre non structurel (C.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (D.).

A. Remarques générales

Lorsque les conditions d'application de l'art. 10 al. 2 let. a et b LCart sont remplies, la Comco doit soit interdire la concentration, soit l'autoriser moyennant **des conditions ou des charges** (art. 10 al. 2 LCart).

Les **conditions** sont suspensives. La concentration n'est pas autorisée tant que les parties n'ont pas rempli les conditions imposées par la Comco. Si les parties réalisent néanmoins leur concentration malgré une condition, elles s'exposent à des sanctions selon l'art. 51 LCart⁶¹⁶.

En imposant des **charges**, la Comco ordonne aux parties de respecter une injonction, sans pour autant suspendre les effets de droit civil de la concentration. L'opération peut être menée à son terme et les parties doivent se conformer aux charges, généralement avant l'échéance d'un délai fixé par l'autorité⁶¹⁷.

Si les parties, une fois la concentration réalisée, ne respectent pas les charges, elles risquent de voir l'autorisation de leur concentration **révoquée ou révisée** sur la base de l'art. 38 al. 1 let. c LCart et d'être sanctionnées sur la base de l'art. 51 LCart⁶¹⁸.

Dans la mise en œuvre, le Message envisage expressément que la loi contienne des formes modernes d'intervention de l'Etat pour permettre à l'autorité en matière de concurrence de trouver des **solutions amiables** aux affaires qui lui sont soumises⁶¹⁹. Ainsi les parties peuvent-elles proposer des mesures correctives au Secrétariat de la Comco afin d'éviter une interdiction

616 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 10; cf. ég. **ZÄCH/WICKY**, *Verwaltungssanktionen*, p. 594.

617 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 10; **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1092.

618 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 10.

619 Message LCart 1994, p. 476.

totale de l'opération⁶²⁰. Le droit d'être entendu des parties doit être respecté⁶²¹. Le Tribunal fédéral trouve judicieux de donner aux parties l'occasion de proposer des mesures qu'elles sont à même de mettre en œuvre⁶²².

550 Cependant, toujours selon le Tribunal fédéral, les charges et conditions n'ont pas nécessairement vocation à résulter d'un consensus entre les parties à l'opération et l'autorité. Elles sont prononcées dans la décision et sont **obligatoires pour les parties** à la concentration sans que celles-ci ne doivent y consentir⁶²³. Elles ne créent en outre pas de relation juridique entre l'entité résultante et la Comco sur la base d'un contrat de droit public entre les entités et l'autorité⁶²⁴.

551 La Comco peut autoriser la concentration moyennant des conditions ou des charges lorsque celles-ci permettent de **supprimer** les effets anticoncurrentiels de la concentration ou de les **diminuer** suffisamment pour maintenir la concurrence efficace⁶²⁵. Les conditions ou les charges doivent donc permettre soit d'empêcher la création ou le renforcement d'une position dominante (N 200), soit d'empêcher que celle-ci ne soit capable de supprimer la concurrence efficace (N 205).

552 Ainsi dans l'**affaire Fenaco/Steffen-Ris**, la Comco constate que la concentration pourrait créer une position dominante de Fenaco et prononce des charges dans le but d'empêcher la création de cette position dominante⁶²⁶.

553 L'autorité **doit se prononcer sur des mesures correctives** à notre avis chaque fois que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace⁶²⁷. Si elle interdit la concentration, elle doit indiquer, sous peine de commettre un déni de justice, pourquoi elle renonce à prévoir des conditions ou des charges, ou, le cas échéant, pourquoi elle n'accepte pas les charges ou les conditions proposées par les parties⁶²⁸.

620 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 23.

621 **MARTENET**, *Le droit d'être entendu*, p. 562.

622 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 485, p. 676; Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 9.2.2, p. 329-330; **MARTENET**, *Le droit d'être entendu*, p. 562; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 22.

623 **MARTENET**, *Le droit d'être entendu*, p. 563.

624 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 9.2.1, p. 329; **MEINHARDT/BISCHOF**, *Zusammenschlussverbot*, p. 4.

625 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, n° 258, p. 504; **COMCO**, *Rapport d'activité 2007*, DPC 2008/1, II.3.a, p. 21.

626 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 371, p. 336.

627 Contra : **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 835.

628 Cf. affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC 2018/3, n° 485 - 489, p. 676.

Comme le Message indique que le droit ne devrait conduire à l'interdiction que d'un nombre restreint de fusions, il en résulte que, lorsque la concentration risque de supprimer la concurrence efficace, la Comco choisit **le plus souvent** d'autoriser l'opération en la soumettant à des charges et conditions⁶²⁹.

L'autorité doit respecter le principe de **la proportionnalité** dans les charges et conditions⁶³⁰. Celles-ci doivent d'abord être **aptes** à atteindre le but d'intérêt public visé. Dans le prononcé de ces mesures, la Comco doit se limiter à des mesures en lien avec les effets anticoncurrentiels. Les mesures ne peuvent pas servir à atteindre un autre but que celui de prévenir les effets anticoncurrentiels de la concentration⁶³¹.

Dans l'**affaire Swissgrid**, la Commission de recours a rappelé que la Comco ne doit pas saisir l'occasion d'imposer une structure du marché correspondant à son idéal de politique de la concurrence, qui ne soit pas liée aux préoccupations anticoncurrentielles nées du projet de concentration et qui n'aurait pu être modifiée si les parties n'avaient pas soumis leur concentration au contrôle⁶³².

Les mesures doivent ensuite être **nécessaires**, afin d'éviter des décisions trop interventionnistes des autorités en matière de concurrence⁶³³. Le principe exige qu'entre plusieurs moyens soit choisi celui qui, tout en atteignant le but visé, porte l'atteinte la moins grave aux droits et intérêts privés touchés⁶³⁴. Ainsi, la Comco doit prononcer une autorisation soumise à charges ou conditions à la place d'une interdiction, si celles-ci sont à même de neutraliser les effets anticoncurrentiels de l'opération. L'interdiction reste *l'ultima ratio*, en particulier en raison du principe consacré par le Message, selon lequel seul un nombre restreint de concentrations devraient être interdites⁶³⁵.

629 Message LCart 1994, p. 576.

630 **MARTENET**, *Le droit d'être entendu*, p. 563; **PRÜMMER**, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, p. 86.

631 **MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET**, *Droit administratif*, p. 814; Petit Commentaire Cst.-**MAHON**, art. 36 Cst n° 16; **PRÜMMER**, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, p. 87.

632 Affaire CoRe *Swissgrid*, DPC 2006/2, consid. 3, p. 315 et consid. 5.4.6 c), p. 342; question laissée ouverte par le TF : Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 9.1, p. 329.

633 Message LCart 1994, p. 579; Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, n° 417, p. 440; Affaire CoRe *Berner Zeitung/Tamedia/Comco*, DPC 2006/2, n° 6.3.6, p. 367; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 182; **DUCREY, SIWR**, p. 300; **PRÜMMER**, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, p. 87; **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 823.

634 **MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET**, *Droit administratif*, p. 818; Petit Commentaire Cst.-**MAHON**, art. 36 Cst n° 16.

635 Message LCart 1994, p. 578; Affaire CoRe *Berner Zeitung/Tamedia/Comco*, DPC 2006/2, n° 6.3.6, p. 367; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 179, 181 et 182; **DUCREY/DROLSHAMMER**, *Komm. KG*, n° 46 ad art. 10 LCart; **NEFF**, *Auflagen*

- 558 Les mesures doivent enfin être **proportionnées** (au sens étroit). L'autorité doit mettre en balance la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation de l'entité résultante et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public⁶³⁶.
- 559 **Dans la pratique**, entre 1997 et 2019, dans 22 décisions sur 741 (2.97 %), la Comco a imposé des conditions ou des charges, dont six fois des conditions et 18 fois des charges (deux fois des conditions et charges simultanément dans la même décision)⁶³⁷.
- 560 Parmi les 22 décisions, huit sont des concentrations qui ont été préalablement contrôlées ou qui vont faire l'objet d'une décision par la Commission européenne et dont les parties se sont **engagées à respecter les mêmes conditions** et charges pour le marché suisse. La Comco a soumis son autorisation au respect des engagements que les parties ont pris devant l'autorité européenne, en les transposant dans sa décision⁶³⁸.
- 561 Dans trois cas, en plus des 22 décisions, la Comco relève que les engagements déjà pris devant la Commission européenne sont de nature à **écarter les effets anticoncurrentiels** sur le marché suisse, ce qui lui permet d'autoriser la concentration sans imposer de condition ou de charge. L'autorité ne transpose alors pas les conditions et charges dans sa décision⁶³⁹.

und Bedingungen, n° 9.

636 **MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET**, *Droit administratif*, p. 819 ; Petit Commentaire Cst.-**MAHON**, art. 36 Cst n° 16 ; **PRÜMMER**, *Verhältnismässigkeitsprinzip*, p. 89.

637 Affaire *Schweizerische Post / La Poste*, DPC 2012/4, p. 864 ; Affaire *BASF/Cognis*, DPC 2010/4, p. 788 ; Affaire *Oracle Corporation / Sun Microsystems*, DPC 2010/1, p. 189 ; Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, p. 383 ; Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, p. 349 ; Affaire *BASF/Ciba*, DPC 2009/1, p. 94 ; Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, p. 593 ; Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, p. 475 ; Affaire *Hexion/Huntsman*, DPC 2008/2, p. 355 ; Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, p. 290 ; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, p. 129 ; Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC 2007/4, p. 557 ; Affaire *Swissgrid*, DPC 2005/2, p. 347 ; Affaire *NZZ-Espace-Bund*, DPC 2004/2, p. 484 ; Affaire *Edipresse/Ringier-Le Temps*, DPC 2003/4, p. 794 ; Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC 2003/2, p. 314 ; Affaire *Edipresse/Corbaz*, DPC 2003/1, p. 177 ; Affaire *Tamedia/Belcom*, DPC 2001/4, p. 721 ; Affaire *Glaxo/Smithkline*, DPC 2001/2, p. 338 ; Affaire *Bell/SEG*, DPC 1998/3, p. 392 ; Affaire *UBS/SBV*, DPC 1998/2, p. 278 ; Affaire *Le Temps*, DPC 1998, p. 40 ; cf. ég. **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 44 ss où l'auteur n'a tenu compte que des décisions en phase 2.

638 Affaire *Schweizerische Post / La Poste*, DPC 2012/4, p. 864 ; Affaire *BASF/Cognis*, DPC 2010/4, p. 788 ; Affaire *Oracle Corporation / Sun Microsystems*, DPC 2010/1, p. 189 ; Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, p. 349 ; Affaire *BASF/Ciba*, DPC 2009/1, p. 94 ; Affaire *Hexion/Huntsman*, DPC 2008/2, p. 355 ; Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC 2003/2, p. 314 ; Affaire *Glaxo/Smithkline*, DPC 2001/2, p. 338.

639 Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, p. 590 ; Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, DPC 2008/2, p. 259 ; Affaire *Alcan/Pechiney*, DPC 2003/4, p. 826.

Affaire	Mesure	Type de décision
<i>Mesure prononcée par la Comco :</i>		
Le Temps	Charge	Décision ph2
UBS / SBV	Charge	Décision ph2
Bell / SEG	Condition	Décision ph2
Tamedia / Belcom	Condition	Décision ph2
Edipresse / Corbaz	Conditions	Pas de décision
Edipresse / Ringier - Le Temps	Charge	Décision ph2
NZZ - Espace - Bund	Condition et Charge	Décision ph2
Swissgrid	Charge	Décision ph2
SWX / SIS / Telekurs	Charge	Décision ph1
Migros / Denner	Charge	Décision ph2
Fenaco / Steffen Ris	Charge	Décision ph2
Coop / Fust	Charge	Décision ph2
Coop / Carrefour	Charge	Décision ph2
Post / NZZ / Tamedia	Condition	Décision ph2
<i>Mesure prononcée par la Commission européenne, que les parties s'engagent à appliquer en Suisse :</i>		
Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham	Charge	Décision ph1
Pfizer / Pharmacia	Charge	Décision ph1
Hexion / Huntsman	Condition et Charge	Pas de décision
BASF / CIBA	Charge	Pas de décision
Pfizer / Wyeth	Charge	Décision ph1
Oracle Corp. / Sun Microsystems	Charge	Décision ph1
BASF / Cognis	Charge	Pas de décision
Schweizerische Post / La Poste	Charge	Décision ph1
<i>Mesure prononcée par la Commission européenne, non reprise dans la décision de la Comco :</i>		
Alcan / Péchiney	Charge	Pas de décision
Maxit / Saint-Gobain	Charge	Pas de décision
HSDG / Maersk	Charge	Pas de décision

Concentrations soumises à charges ou conditions, entre 1997 et 2019

B. Les mesures structurelles

Après quelques remarques générales (1.), nous présentons la cession de l'ac- 565
tivité à un acquéreur approprié (2.) puis l'élimination des liens avec des
concurrents (3.).

1. Remarques générales

- 566 Les mesures structurelles modifient l'allocation des droits de propriété et visent soit à **créer de nouveaux concurrents** ou à renforcer des concurrents déjà actifs sur le marché pertinent. Elles engendrent une modification structurelle du marché⁶⁴⁰.
- 567 Parmi les 22 décisions dans lesquelles la Comco a prononcé des charges ou des conditions, ou repris en Suisse les charges ou conditions prononcées en Europe, **14 comportent des mesures structurelles**⁶⁴¹.

568	<table><tr><th>Affaire</th><th>DPC</th></tr><tr><td>UBS / SBV</td><td>1998/2, p. 278</td></tr><tr><td>Bell / SEG</td><td>1998/3, p. 392</td></tr><tr><td>Tamedia / Belcom</td><td>2001/4, p. 721</td></tr><tr><td>Edipresse / Corbaz</td><td>2003/1, p. 177</td></tr><tr><td>Pfizer / Pharmacia</td><td>2003/2, p. 314</td></tr><tr><td>Edipresse / Ringier - Le Temps</td><td>2003/4, p. 794</td></tr><tr><td>NZZ - Espace - Bund</td><td>2004/2, p. 484</td></tr><tr><td>Migros / Denner</td><td>2008/1, p. 129</td></tr><tr><td>Hexion / Huntsman</td><td>2008/2, p. 355</td></tr><tr><td>Coop / Carrefour</td><td>2008/4, p. 593</td></tr><tr><td>BASF / CIBA</td><td>2009/1, p. 94</td></tr><tr><td>Pfizer / Wyeth</td><td>2009/4, p. 349</td></tr><tr><td>BASF / Cognis</td><td>2010/4, p. 788</td></tr><tr><td>Schweizerische Post / La Poste</td><td>2012/4, p. 864</td></tr></table>	Affaire	DPC	UBS / SBV	1998/2, p. 278	Bell / SEG	1998/3, p. 392	Tamedia / Belcom	2001/4, p. 721	Edipresse / Corbaz	2003/1, p. 177	Pfizer / Pharmacia	2003/2, p. 314	Edipresse / Ringier - Le Temps	2003/4, p. 794	NZZ - Espace - Bund	2004/2, p. 484	Migros / Denner	2008/1, p. 129	Hexion / Huntsman	2008/2, p. 355	Coop / Carrefour	2008/4, p. 593	BASF / CIBA	2009/1, p. 94	Pfizer / Wyeth	2009/4, p. 349	BASF / Cognis	2010/4, p. 788	Schweizerische Post / La Poste	2012/4, p. 864
Affaire	DPC																														
UBS / SBV	1998/2, p. 278																														
Bell / SEG	1998/3, p. 392																														
Tamedia / Belcom	2001/4, p. 721																														
Edipresse / Corbaz	2003/1, p. 177																														
Pfizer / Pharmacia	2003/2, p. 314																														
Edipresse / Ringier - Le Temps	2003/4, p. 794																														
NZZ - Espace - Bund	2004/2, p. 484																														
Migros / Denner	2008/1, p. 129																														
Hexion / Huntsman	2008/2, p. 355																														
Coop / Carrefour	2008/4, p. 593																														
BASF / CIBA	2009/1, p. 94																														
Pfizer / Wyeth	2009/4, p. 349																														
BASF / Cognis	2010/4, p. 788																														
Schweizerische Post / La Poste	2012/4, p. 864																														

Concentrations soumises à charges ou conditions structurelles, entre 1997 et 2019

- 569 La Comco peut imposer aux parties de **céder une activité** à un acquéreur approprié ou **d'éliminer des liens** avec leurs concurrents.

2. La cession de l'activité à un acquéreur approprié

- 570 Par la cession d'une activité à un acquéreur approprié, les parties **s'engagent à transférer une branche économique**, une filiale entière ou certains actifs stratégiques à un tiers⁶⁴². Les activités visées sont celles qui font l'objet de chevauchements dans les services ou les produits proposés par les deux en-

640 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 13 et 14.

641 Cf. é.g. **HOEHN/ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*, p. 168.

642 **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772; **KËLLEZI**, *Mesures correctives*, p. 81; **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 827; **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*, p. 528.

tités, de sorte que les seules alternatives des consommateurs sur ce segment appartiennent aux parties à la concentration, ou à un tiers trop petit pour imposer une réelle pression concurrentielle⁶⁴³.

La cession de l'activité a pour effet **d'éviter une trop grande addition des parts de marché** des parties à la concentration et de renforcer celle d'un concurrent. Si cette mesure est généralement prise des autorités américaine et européenne⁶⁴⁴, la Comco n'en fait pas une utilisation fréquente⁶⁴⁵. Dans sa pratique, la Comco a prononcé onze cas de cessions d'une activité à un acquéreur. Dans cinq cas, la Comco a simplement transposé en Suisse des mesures prononcées dans l'Union européenne⁶⁴⁶.

La jurisprudence n'a pas défini clairement les **conditions** devant être réunies pour une cession d'activité. En revanche, la Comco a constaté que des mesures prononcées par la Commission européenne, dont notamment des cessions d'activité, avaient empêché de façon suffisante la création d'une position dominante sur le marché pertinent⁶⁴⁷. Nous sommes d'avis que les conditions fixées par le droit européen conviennent au régime suisse.

La Comco doit déterminer l'étendue de l'activité cédée (a.). Celle-ci doit être viable (b.) et transmise à un cessionnaire approprié (c.). L'autorité peut éventuellement accepter un règlement préalable des parties ou un acquéreur initial (d.).

a. L'étendue de l'activité cédée

La Comco ou les parties doivent **décrire précisément** l'étendue de l'activité cédée et énumérer tous les éléments faisant l'objet de la cession. Notamment les actifs matériels, les biens immatériels, le personnel, les contrats de livraison et d'approvisionnement, les listes de clients, ainsi que tout service fourni

643 Affaire *Alcan/Pechiney*, DPC 2003/4, Dispositif, p. 826 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 187.

644 Cf. infra en droit européen N 1012 et en droit américain N 1340.

645 Affaire *Tamedia/Belcom*, DPC 2001/4, p. 721 ; Affaire *Bell/SEG*, DPC 1998/3, p. 392 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 187.

646 Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, p. 590 ; Affaire *Schweizerische Post/La Poste*, DPC 2012/4, p. 864 ; Affaire *BASF/Cognis*, p. 788 ; Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, p. 349 ; Affaire *BASF/Ciba*, DPC 2009/1, p. 94 ; Affaire *Hexion/Huntsman*, DPC 2008/2, p. 355 ; Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, DPC 2008/2, p. 259 ; Affaire *Alcan/Pechiney*, DPC 2003/4, p. 826 ; Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC 2003/2, p. 314 ; Affaire *Glaxo/Smith-kline*, DPC 2001/2, p. 338.

647 Affaire *Pfizer/Wyeth*, DPC 2009/4, n° 176, p. 381 ; Affaire *Pfizer/Wyeth*, COMP/M.5476, Section B, p. 100 ; Affaire *BASF/CIBA*, DPC 2009/1, n° 5, p. 94 ; Affaire *BASF/CIBA*, COMP/M.5355, n° 259, p. 49 ; Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, DPC 2008/2, n° 11, p. 259 ; Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, COMP/M.4898, Section D, n° 17, p. 51. Cf. ég. **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 30.

par des tiers, d'entretien et de support doivent être décrits dans leur étendue, leur durée, leurs coûts à charge de l'activité cédée, etc⁶⁴⁸.

575 L'activité cédée doit consister en tout cas en la cession d'une **filiale entière ou d'un secteur d'activité autonome** pour pouvoir être considérée comme une modification structurelle effective du marché. Le transfert de l'activité doit avoir un effet sur le nombre, les parts de marché et la concentration des acteurs du marché⁶⁴⁹.

576 Sur des marchés hautement concurrentiels, l'activité cédée peut n'être qu'une infrastructure permettant d'avoir accès au marché. Dans l'**affaire Coop/Carrefour**, Coop a eu à charge d'offrir à la vente à ses concurrents une surface commerciale de 20'000 mètres carrés dans les zones où la présence de l'entité résultante était particulièrement élevée⁶⁵⁰.

b. L'activité viable

577 L'activité cédée doit être **viable** et permettre de concurrencer effectivement et durablement les parties dans leur nouvelle activité. Pour que l'activité soit viable, le cessionnaire doit pouvoir l'exploiter indépendamment des parties à la concentration⁶⁵¹.

c. Le cessionnaire approprié

578 L'activité cédée doit l'être à un **cessionnaire approprié**, disposant de l'expertise nécessaire pour poursuivre l'activité de celle-ci et des ressources financières lui permettant de survivre à la concurrence appliquée par l'entité résultante et les autres concurrents éventuels du marché⁶⁵².

579 Il peut s'agir d'un concurrent actuel ou d'un concurrent potentiel **indépendant** des parties, qui dispose de l'intérêt à maintenir et développer l'exploitation de l'activité cédée. La cession de l'activité au cessionnaire choisi ne doit pas créer de nouveaux effets anticoncurrentiels⁶⁵³.

648 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 31.

649 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 187.

650 Affaire *Coop/Carrefour*, Dispositif 1.4, p. 661.

651 Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, COMP/M.4898, Section D, n° 17, p. 51 ; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 31.

652 Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, COMP/M.4898, Section D, n° 17, p. 51 ; Affaire *Bell/SEG-Poulets*, DPC 1998/3, n° 72 p. 410 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 188 ; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 31.

653 Affaire *Saint-Gobain/Maxit*, COMP/M.4898, Section D, n° 17, p. 51 ; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 32.

d. Le règlement préalable et l'acquéreur initial

Les parties peuvent modifier leur projet de concentration en amont de la décision lorsqu'elles constatent que celui-ci risque d'engendrer des effets anti-concurrentiels aux yeux de l'autorité de la concurrence. Elles peuvent convenir entre elles d'un **règlement préalable** et anticiper la décision de la Comco. Si l'autorité est satisfaite du règlement préalable adopté par les parties et de la modification de leur projet de concentration, elle peut délivrer une autorisation de la concentration sans prononcer de mesures correctives⁶⁵⁴.

Dans l'**affaire BASF/CIBA**, les parties ont trouvé un acquéreur initial à qui céder une activité viable en amont de la décision. L'autorité suisse a simplement constaté que la solution acceptée par l'autorité européenne suffisait à écarter sur le marché pertinent en Suisse tout risque de création de position dominante⁶⁵⁵.

3. L'élimination des liens avec les concurrents

La Comco peut prononcer, à titre de mesure structurelle, **la réduction de la participation** d'une ou des deux parties dans une entité tierce en dessous d'un seuil de blocage⁶⁵⁶.

L'autorité peut aussi contraindre les parties à **renoncer à une prise de participation** de contrôle dans une entreprise qu'elles acquièrent conjointement⁶⁵⁷, ou simplement charger les parties de renoncer à toute nouvelle acquisition d'un concurrent⁶⁵⁸.

Dans l'**affaire Coop/Carrefour**, la concentration a été autorisée par la Comco à charge pour Coop de s'abstenir durant six ans d'acquérir toute autre société de commerce de détail dans la grande distribution en Suisse⁶⁵⁹.

Dans l'**affaire CoRe Berner Zeitung / Tamedia**, les parties qui disposent déjà de parts de marché très élevées sur un marché spécifique, sont chargées de ne pas soumissionner en vue de l'obtention d'une concession sur ce marché pour permettre à un nouveau concurrent d'entrer et baisser finalement le niveau de concentration du marché⁶⁶⁰.

654 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 25.

655 *Affaire BASF/CIBA*, DPC 2009/1, n° 5, p. 94; *Affaire BASF/CIBA*, COMP/M.5355, n° 259, p. 49.

656 *Affaire Edipresse/Ringier-Le Temps*, DPC 2003/4, Dispositif 2, p. 808; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 26 et 36; **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*, p. 529.

657 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 26.

658 *Affaire Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, Dispositif 1.3, p. 661; *Affaire Migros/Denner*, DPC 2008/1, Dispositif, 1.10, p. 208.

659 *Affaire Coop/Carrefour*, DPC 2008/4, Dispositif 1.3, p. 661.

660 *Affaire CoRe Berner Zeitung / Tamedia / Comco*, DPC 2006/2, consid. 10.1.2, p. 388; BSK **KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 190.

C. Les mesures non structurelles

586 Après quelques remarques générales (1.), nous examinons ici la pratique de la Comco (2.).

1. Remarques générales

587 Les mesures non structurelles, parfois qualifiées de mesures comportementales⁶⁶¹, **imposent une conduite** ou limitent les droits des parties à la concentration⁶⁶². Ces engagements visent à prévenir la création ou le renforcement de la position dominante ou au moins à éviter que celle-ci ne supprime la concurrence efficace.

588 Les mesures non structurelles n'ont **pas d'effet direct sur la structure** du marché. Elles visent le plus souvent à engager les parties à ne pas coupler leurs produits dans les concentrations conglomerales, ou à ne pas verrouiller le marché des intrants ou des produits ou à donner accès à leurs concurrents à des facilités essentielles⁶⁶³.

589 Compte tenu du fait que le contrôle doit empêcher les parties de se trouver dans une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace et compte tenu également du fait que la **loi connaît déjà un contrôle *ex post*** des abus de position dominante à l'art. 7 LCart, il peut sembler redondant d'avoir recours à une mesure purement comportementale. C'est pourquoi les mesures devront être plus précises qu'un simple engagement à ne pas abuser de sa position dominante⁶⁶⁴.

590 De plus, compte tenu du fait que le test du contrôle suisse vise à empêcher la création d'une structure de marché qui permette à l'entité résultante d'adopter un comportement de monopoleur en raison de la suppression de la concurrence, il paraît également contraire à l'**esprit du test** du contrôle des concentrations, de prescrire aux parties d'adopter un certain comportement⁶⁶⁵.

591 Certaines charges peuvent être prononcées pour une **durée limitée**⁶⁶⁶. Parfois, la Comco a laissé la possibilité aux parties de solliciter de l'autorité qu'elle lève ou qu'elle modifie les charges prononcées, lorsque les conditions de concurrence sur le marché se sont modifiées de manière substantielle⁶⁶⁷.

661 **ZÄCH**, *Schweizerisches Kartellrecht*, n° 828.

662 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 15.

663 Voir p. ex : Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, Dispositif 1.a, p. 336.

664 **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772.

665 **DUCREY**, *Besondere Fragen*, p. 921.

666 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, Dispositif, 1.3., p. 506 ; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, Dispositif, 1.10, p. 208 ; **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772.

667 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, Dispositif, 1.4., p. 506 ; Affaire *Migros/Denner*,

Les parties qui prennent un engagement comportemental s'exposent à une **sanction administrative** d'un montant allant jusqu'à 1 million de francs au plus sur la base de l'art. 51 LCart si elles ne les respectent pas.

Lorsque les parties prennent un engagement dans le but d'obtenir frauduleusement une décision favorable de l'autorité, mais sans réelle volonté de le mettre en œuvre, l'art. 38 LCart permet à la Comco de **révoquer** son autorisation, si les parties ne respectent pas leur engagement⁶⁶⁸.

Les mesures comportementales visent donc en principe à **éviter le déploiement** d'effets anticoncurrentiels, malgré le fait que la concentration crée ou renforce une position dominante⁶⁶⁹. A notre avis, leur utilisation par la Comco met en lumière les limites du test suisse du contrôle des concentrations. En effet le test ne sert dans ce cas qu'à constater la création ou le renforcement de la position dominante capable de supprimer la concurrence efficace et les mesures comportementales tendent à interdire préventivement un comportement qui pourrait de toute façon être sanctionné *ex post* sous l'angle de l'interdiction de l'abus de position dominante (art. 7 LCart).

En dépit du fait que les mesures comportementales présentent *a priori* moins de garanties de mise en œuvre que les mesures structurelles et qu'elles nécessitent de plus la mise sur pied par l'autorité d'un contrôle de leur respect⁶⁷⁰, elles ne sont pas moins souvent prononcées que les mesures structurelles⁶⁷¹. **En pratique**, parmi les 22 décisions dans lesquelles la Comco a prononcé des charges ou des conditions, ou repris en Suisse les charges ou conditions prononcées en Union européenne, douze comportent des mesures comportementales.

Affaire	DPC
Le Temps	1998/1, p. 39
Glaxo Wellcome / SmithKline Beecham	2001/2, p. 338
Edipresse / Ringier - Le Temps	2003/4, p. 794
NZZ - Espace - Bund	2004/2, p. 484
Swissgrid	2005/2, p. 347
SWX / SIS / Telekurs	2007/4, p. 581
Migros / Denner	2008/1, p. 129
Fenaco / Steffen-Ris	2008/2, p. 290

DPC 2008/1, Dispositif, 1.12, p. 208.

668 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 27.

669 Affaire *Swissgrid*, DPC 2005/2, Dispositif 1, p. 357 ; Affaire *Le Temps*, DPC 1998/1, Dispositif 1, p. 60.

670 **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772.

671 Cf. ég. **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*, p. 514.

Affaire	DPC
Hexion / Huntsman	2008/2, p. 355
Coop / Fust	2008/3, p. 475
Coop / Carrefour	2008/4, p. 593
Post / NZZ / Tamedia u. Post / Tamedia	2009/4, p. 383

Concentrations soumises à charges ou conditions comportementales, entre 1997 et 2019

2. La pratique de la Comco

600 A ce jour, la Comco a eu l’occasion d’ordonner comme mesures non structur-
relles, le maintien séparé des organes des sociétés ou de leurs activités (a.), la
résiliation des contrats d’exclusivité avec des partenaires (b.), l’octroi d’accès
à des infrastructures clés (c.) et d’autres mesures comportementales (d.).

a. Le maintien séparé des organes ou des activités

601 La Comco peut ordonner le **maintien séparé** de certaines activités des par-
ties, ou des organes de ces parties afin de garantir une indépendance dans
leur prise de décision ou dans leur ligne de produits⁶⁷².

602 L’autorité a déjà prononcé une telle mesure pour garantir une indépen-
dance sur le plan de la structure de l’actionnariat en soumettant **toute mo-
dification future** de la structure du capital-actions de l’entité résultante à
son autorisation⁶⁷³, ou a soumis l’entité résultante à l’obligation de nommer
à la présidence du conseil d’administration une personne indépendante des
actionnaires principaux⁶⁷⁴, ou a encore interdit la prise de capital dans une
autre société du même secteur économique⁶⁷⁵.

603 Sur le plan organisationnel de l’entité résultante, la Comco a contraint
les parties à **maintenir un décompte de charges séparé** pour la joint-ven-
ture ainsi que pour les entreprises parties à celle-ci⁶⁷⁶.

672 Affaire *Coop/Fust*, DPC 2008/3, Dispositif, 1.2., p. 506; Affaire *Migros/Denner*,
DPC 2008/1, Dispositif 1, p. 207; Affaire *Le Temps*, DPC 1998/1, Dispositif 3a, p. 61;
MARBACH/DUCREY/WILD, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772.

673 Affaire *Edipresse / Ringier-Le Temps*, DPC 2003/4, Dispositif 2.a., p. 808 s.; Affaire *Le
Temps*, DPC 1998/1, Dispositif 3. D., p. 60; **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*,
p. 518.

674 Affaire *Edipresse / Ringier-Le Temps*, DPC 2003/4, Dispositif 2.b., p. 809; Affaire *Le
Temps*, DPC 1998/1, Dispositif 3. E., p. 60; **ZURKINDEN**, *Bedingungen und Auflagen*,
p. 518.

675 Affaire *Post/NZZ/Tamedia et Post/Tamedia*, DPC 2009/4, Dispositif 1, p. 441; Affaire
Coop/Carrefour, DPC 2008/4, Dispositif 1.3, p. 661; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1,
Dispositif 3, p. 207.

676 Affaire *Swissgrid*, DPC 2005/2, Dispositif 2.c., p. 357.

Enfin sur le plan de la ligne managériale, la Comco peut charger les parties 604
de **conduire leurs affaires de manière séparée** après la concentration afin
d'éviter un chevauchement de leurs activités concurrentes⁶⁷⁷.

Dans l'**affaire Migros/Denner**, les parties ont l'obligation de conduire 605
leurs activités de manière totalement séparée en laissant Denner indépen-
dant sur le plan juridique, organisationnel et opérationnel, jusqu'à ce qu'un
autre concurrent soit à même de déstabiliser un éventuel comportement
coordonné. Cette mesure a été prononcée pour une durée limitée à sept ans
avec une possibilité pour Migros de demander un réexamen avant, si la condi-
tion de l'arrivée de concurrents était déjà remplie avant l'échéance du délai⁶⁷⁸.

Une telle charge équivaut à une autorisation de la concentration avec un 606
moratoire sur la mise en œuvre de celle-ci pour une certaine durée ou jusqu'à
la réalisation de certaines conditions sur le marché⁶⁷⁹.

Dans l'**affaire Coop/Fust**, Coop est chargée de conduire sa propre poli- 607
tique de prix, d'action et d'approvisionnement sur le marché des petits appa-
reils électroménagers, indépendamment de Fust⁶⁸⁰.

b. La résiliation de contrats d'exclusivité

La Comco peut soumettre l'autorisation de la concentration à l'engagement 608
des parties de **s'abstenir de verrouiller le marché** par la conclusion de
contrats d'exclusivité de longue durée, ou de mettre fin à de tels contrats⁶⁸¹,
ou de livrer des intrants à une entité nouvellement créée pour éviter que
celle-ci soit vouée à l'échec par manque d'approvisionnement⁶⁸².

Une telle charge **abaisse les barrières à l'entrée** sur le marché pour de 609
futurs concurrents et soumet l'entité en position dominante à une pression
concurrentielle d'intrants potentiels⁶⁸³.

Dans l'**affaire Coop/Carrefour**, ainsi que dans l'**affaire Coop/Fust**, la 610
Comco a autorisé la concentration à charge pour Coop de renoncer à tout
contrat d'exclusivité avec des fournisseurs à l'exception de ceux dont Coop

677 Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, Dispositif, 1.2., p. 506; Affaire *Migros/Denner*, DPC2008/1, Dispositif 1, p. 207.

678 Affaire *Migros/Denner*, DPC2008/1, n° 524 - 526, p. 191.

679 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 191.

680 Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, Dispositif 1.2, p. 506.

681 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC2008/4, Dispositif 1.1, p. 661; Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, Dispositif, 1.1., p. 506; Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC2008/2, Dispositif 1.a, p. 336.

682 Affaire *Hexion/Huntsman*, DPC2008/2, p. 355; Affaire COMP/M.4835, *Hexion/Huntsman*, p. 65.

683 **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 26.

participe au financement de l'entrée sur le marché et, ce, pour une durée maximale de deux ans⁶⁸⁴.

c. L'octroi d'accès à des infrastructures clés ou des licences

- 611 Les mesures comportementales n'ont en principe pas d'effets structurel sur le marché, bien que l'imposition d'un certain comportement puisse néanmoins avoir une incidence indirecte sur la structure du marché, par exemple dans le cas d'octroi de **garanties d'accès à des infrastructures ou de licence**⁶⁸⁵. La cession de marques, de licence ou le transfert de contrats d'exclusivité peuvent conduire à amoindrir les parts d'une entité sur un marché défini et également supprimer ou à diminuer les barrières à l'entrée au marché⁶⁸⁶.

d. Les autres mesures

- 612 Certaines mesures viennent en **soutien des mesures structurelles** prononcées simultanément. Même si elles ne tendent pas spécifiquement à éviter l'adoption d'un comportement anticoncurrentiel, elles sont néanmoins prononcées par l'autorité comme une charge ou une condition à l'acceptation de la concentration entraînent ainsi les mêmes sanctions que les autres mesures en cas d'omission de leur mise en œuvre par les parties⁶⁸⁷.

- 613 D'une part, certaines mesures imposent un comportement supportant directement les mesures structurelles, sans lequel celles-ci resteraient sans effet. Il en va ainsi d'une mesure **chargeant l'entité résultante de livrer ses produits** à une société cédée à un tiers indépendant⁶⁸⁸.

- 614 D'autre part, la Comco peut charger les parties d'**informer l'autorité de la mise en œuvre** d'autres mesures. Ainsi, l'obligation pour les parties d'informer par écrit l'autorité de la concession d'une licence, dès la conclusion d'un contrat portant sur cet objet⁶⁸⁹; l'information de la mise en œuvre de la cession d'une société fille à une entité indépendante de l'une des

684 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC2008/4, Dispositif 1.1, p. 661; Affaire *Coop/Fust*, DPC2008/3, Dispositif 1.1, p. 506.

685 Affaire *SWX/SIS/Telekurs*, DPC2007/4, Dispositif 1.a., p. 592; Affaire *Swissgrid*, DPC2005/2, Dispositif 2.a., p. 357; Affaire *Glaxo Wellcome/SmithKline*, DPC2001/2, Dispositif 1.a., p. 341; Cf. aussi, Affaire *Alcan/Pechiney*, DPC2003/4, Dispositif, p. 826; **MARBACH/DUCREY/WILD**, *Wettbewerbsrecht*, n° 1772; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 16.

686 Affaire *Pfizer/Pharmacia*, DPC2003/2, Dispositif, p. 366; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 34.

687 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC2008/2, Dispositif 2, p. 337.

688 Affaire *Hexion/Huntsman*, DPC2008/2, p. 355; Affaire COMP/M.4835, *Hexion/Huntsman*, p. 65.

689 Affaire *Glaxo Wellcome/SmithKline Beecham*, DPC2001/2, Dispositif, 1.c., p. 341.

parties⁶⁹⁰, ou encore l'information de l'autorité, du fait que les parties ont renoncé à des contrats d'exclusivité avec leurs partenaires et les en ont dûment informés⁶⁹¹.

D. Conclusions intermédiaires

La Comco peut autoriser la concentration moyennant des conditions ou des charges (N 545) lorsque celles-ci sont propres à **supprimer** les effets anti-concurrentiels de la concentration, ou à tout le moins de les **diminuer** dans une mesure suffisant à maintenir la concurrence efficace (N 551).

Les charges ou conditions peuvent être **structurelles** (N 566) ou **non structurelles** (N 587).

La distinction entre ces deux types de mesures correctives n'est pas toujours aisée. En effet, **certaines mesures** qualifiées de non structurelles ont tout de même un certain effet sur le marché. C'est le cas du maintien séparé des organes ou des activités (N 601) : bien que les parties ne forment plus qu'une entité juridique ayant par hypothèse accumulé les parts de marché des deux parties (N 263), elles peuvent néanmoins se comporter dans une certaine mesure comme deux concurrents indépendants en fonction de l'autonomie dont dispose chacun des managements.

D'**autres mesures**, telles que l'élimination des liens avec les concurrents (N 582) par une renonciation à prendre une participation à son capital, sont des charges comportementales, mais dont l'effet est, de manière prépondérante, structurel.

Cette distinction est néanmoins purement théorique et n'a pas de conséquence pratique. Le plus important pour l'autorité est de trouver la mesure permettant au mieux de prévenir les effets anticoncurrentiels et qui soit la plus **proportionnée** pour atteindre le but visé (N 555).

VII. Une conclusion

Arrivé à l'issue du chapitre consacré au droit matériel suisse du contrôle des concentrations, nous pouvons en reprendre ici les **éléments essentiels**.

Le test suisse est un test **essentiellement structurel** (N 195), fondé sur la modification de structure du marché que produirait la concentration si elle devait être acceptée.

⁶⁹⁰ Affaire *NZZ-Espace-Bund*, DPC 2004/2, Dispositif 1, p. 524.

⁶⁹¹ Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, Dispositif 1.c., p. 336.

622 La concentration, pour pouvoir être interdite ou soumise à charges ou conditions, doit créer ou renforcer une **position dominante capable de supprimer la concurrence efficace**. La position dominante qui doit faire l'objet d'une interdiction de la Comco est ainsi une position dominante qualifiée (N 198).

623 Dans son contrôle, **la Comco procède par étapes**. Elle détermine le ou les marchés concernés par la concentration (N 217), les effets anticoncurrentiels que pourrait y déployer la concentration (N 258) selon qu'il s'agisse d'une concentration horizontale (N 261), verticale (N 348), ou conglomérale (N 406). Elle détermine ensuite si un lien de causalité existe entre la concentration et la position dominante capable de supprimer la concurrence effective (N 443). Parallèlement aux éléments démontrant le risque d'effets anticoncurrentiels, la Comco examine si des facteurs peuvent contrebalancer la suppression de la concurrence (N 480). Si la Comco parvient à la conclusion que la concentration crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, elle détermine si des charges ou des conditions permettraient d'autoriser la concentration en étant à même de supprimer les effets anticoncurrentiels que l'opération produirait (N 544).

624 Nous avons établi des **statistiques**, fondées sur notre examen des décisions publiées par l'autorité, puis contrôlé le corpus de décisions à la lumière des données publiées par la Comco dans ses rapports annuels (N 213). Ces chiffres nous permettent de connaître le taux d'intervention de la Comco. Nous avons estimé le nombre de concentrations horizontales (N 263), verticales (N 353) et conglomérales (N 412). Nous avons de plus établi le nombre de recours de l'autorité à la défense de l'entreprise défaillante (N 476). Nous avons encore établi le nombre de fois que la Comco a prononcé une autorisation sous charges et conditions (N 559) et combien de fois il s'agissait de mesures structurelles (N 567) et non structurelles (N 595).

625 Au sein du test matériel, nous avons déterminé le recours qu'a l'autorité à certains critères du test matériel et avons cité et quantifié les concentrations dans lesquelles la Comco a eu recours à l'IHH, pour en déterminer les seuils de tolérance que la Comco observe effectivement (N 293).

626 Ces données permettent d'abord de **connaître le test suisse de dominance** au-delà des listes de critères, des commentaires doctrinaux ou de la jurisprudence. Elles nous renseignent ensuite sur la fréquence à laquelle l'autorité a effectivement recours à l'un ou l'autre des critères que le droit lui met à disposition. Ces données nous seront enfin précieuses dans la démarche comparée, pour les confronter à la pratique des autres autorités.

627 Parmi les éléments principaux, nous retenons que l'autorité ne tient pas compte des **effets unilatéraux** dans le contrôle des concentrations horizontales (N 298), que la jurisprudence fédérale considère que les conditions d'une

interdiction ou du prononcé de charges ou conditions ne sont pas remplies lorsque la **concurrence est déjà inexistante sur le marché** avant la concentration (N 455) et que les **gains d'efficacité** réalisés sur le même marché ne peuvent pas être pris en compte (N 511).

Nous avons enfin établi, à des fins de comparaison, **une typologie des tests** appliqués par la Comco, selon que la concentration crée une dominance qualifiée individuelle à l'issue d'une concentration horizontale, verticale ou conglomérale, ou qu'elle conduise à un risque de dominance qualifiée collective (N 439). 628

Chapitre 4 :

Le test matériel du contrôle des concentrations en droit européen

En application de la deuxième étape de notre **méthode comparative** (N 21), nous présentons ci-après l'examen du droit européen. 629

Ce chapitre contient quelques généralités sur le test matériel permettant à la Commission d'intervenir dans les concentrations (I.) puis examine les phases du test, à savoir la détermination du marché pertinent (II.), les effets anticoncurrentiels susceptibles d'être engendrés en fonction du type de concentration (III.), le lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels (IV.), les facteurs de contrepoids compensant les effets anticoncurrentiels (V.) et les mesures correctives permettant de supprimer l'émergence d'effets anticoncurrentiels (VI.). Nous terminons par une conclusion (VII.). 630

I. Le test

Cette partie présente le test européen en commençant par la base légale (A.), puis la définition (B.), les conditions (C.), la mise en œuvre (D.) et la pratique de l'autorité (E.). 631

A. La base légale

Le test SIEC (N 56) trouve son fondement juridique dans le Règlement du Conseil 139/2004/CE du 20 janvier 2004 (N 162). Il vise à empêcher une concentration qui « **entrave de manière significative une concurrence effective** dans le marché commun ou une part substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante »⁶⁹². Si la condition est réalisée, la Commission doit déclarer la concentration 632

692 Règlement 139/2004.

incompatible avec le marché commun (art. 3 Règlement 139/2004). Les parties peuvent néanmoins apporter des modifications à leur projet de concentration afin d'écartier les doutes de la Commission quant à sa compatibilité avec le marché commun (art. 6 para. 2 Règlement 139/2004).

633 Ce test est entré en vigueur le 1^{er} mai 2004 et a remplacé l'**ancien test de dominance** datant de 1989, qui visait à interdire ou soumettre à conditions une concentration qui « crée ou renforce une position dominante entravant de manière significative une concurrence effective » (N163)⁶⁹³.

634 La Commission décrit le détail du test du contrôle des concentrations dans ses **Lignes directrices** sur l'appréciation des concentrations horizontales et ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales⁶⁹⁴.

B. La définition

635 Une **entrave significative à la concurrence effective** consiste en une baisse de la concurrence sur un marché donné induisant une réduction du bien-être des consommateurs, se manifestant en particulier par la hausse des prix, la baisse de la production, de la qualité, du choix ou des niveaux d'innovation⁶⁹⁵. Le test est donc fondé principalement sur le critère de la maximisation du bien-être du consommateur⁶⁹⁶.

C. Les conditions

636 L'examen par la Commission doit déterminer si l'opération est de nature à **augmenter le pouvoir de marché** de l'entité résultante sur un marché défini⁶⁹⁷, de sorte à lui permette d'engendrer des effets anticoncurrentiels⁶⁹⁸ entravant de manière significative une concurrence effective⁶⁹⁹, sans que

693 Règlement 4064/89.

694 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2004/C31/03); Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (2008/C265/07).

695 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 8.

696 **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.565-5.566; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 29; **WITT**, *The More Economic Approach*, p. 140.

697 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 8.

698 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9.

699 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 13.

des gains d'efficacité compensatoires favorisant la concurrence ne résultent de la concentration⁷⁰⁰.

Le **concept de dominance** n'est plus décisif à lui seul pour déterminer l'existence d'une entrave significative à une concurrence effective, mais sert désormais d'indice (N165)⁷⁰¹. Une entrave significative à une concurrence effective peut également survenir en l'absence d'une position dominante, par exemple dans le cas d'effets unilatéraux dans un marché oligopolistique⁷⁰².

D'après le considérant 25 du Règlement 139/2004, la notion d'entrave significative à la concurrence effective telle qu'utilisée dans le Règlement, doit être interprétée comme s'étendant, **au-delà du concept de dominance**, seulement aux effets anticoncurrentiels d'une concentration dont peut résulter un comportement non coordonné d'entreprises qui n'auraient pas une position dominante sur le marché pertinent⁷⁰³. Le test est ainsi hybride, entre un test exclusivement structurel et un test fondé sur les effets comportementaux après la concentration⁷⁰⁴.

L'entrave significative à une concurrence effective peut survenir si un **effet anticoncurrentiel** se produit après l'opération de concentration, en comparaison avec la situation qui prévaudrait si la concentration n'avait pas lieu. Les effets anticoncurrentiels peuvent découler de comportements coordonnés ou non⁷⁰⁵. Les conditions de la concurrence, telles qu'elles vaudraient après la concentration, sont comparées à celles, hypothétiques, qui vaudraient sans l'opération de concentration⁷⁰⁶.

L'entrave à la concurrence effective doit être **significative** sur le plan quantitatif. Une simple baisse de la concurrence ne suffit pas. En effet, dans l'affaire *CK Telecoms UK c. Commission*, le Tribunal a précisé que la Commission ne peut pas se satisfaire de rassembler un faisceau de preuves et de circonstances qui démontrent l'existence d'effets anticoncurrentiels pour conclure à une entrave significative à une concurrence effective. Elle doit de plus préciser que les effets anticoncurrentiels identifiés sont « significatifs » ou aboutissent à une entrave significative à une concurrence effective⁷⁰⁷. Le

700 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 12.

701 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, 8.219 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 4, p. 86.

702 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 25 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 4, p. 87.

703 Règlement 139/2004, consid. 25 ; **WHISH/BAILEY**, *Competition Law*, p. 886.

704 **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 196 ; **MARTY**, *Consumer Welfare*, p. 10.

705 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 59.

706 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 3, p. 86.

707 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 277.

Tribunal, dans cette décision de 2020, a ainsi à notre avis introduit une mesure quantitative de l'importance de l'entrave significative, qui dépasse la simple baisse de la concurrence.

D. La mise en œuvre

- 641 Les effets anticoncurrentiels de la concentration sont analysés dans chacun des marchés pertinents. Dans tous les marchés concernés, la Commission va déterminer si des effets anticoncurrentiels sont à prévoir en conséquence de l'opération : elle a recours à des **tests quantitatifs et qualitatifs**⁷⁰⁸.
- 642 **En fonction du type de concentration**, horizontale, verticale ou conglomérale (N 54)⁷⁰⁹, l'entité issue de la concentration peut acquérir un pouvoir de marché lui permettant de produire différents effets anticoncurrentiels : l'augmentation des prix, la réduction de la production, du choix ou de la qualité des produits ou services, la diminution de l'innovation, ou toute autre entrave à la concurrence⁷¹⁰.

E. En pratique

- 643 Afin de déterminer si la concentration peut engendrer des effets anticoncurrentiels, la Commission va procéder selon les **étapes** suivantes :
- identifier le ou les **marchés concernés** par la concentration (II.) ;
 - identifier **le type d'effet anticoncurrentiel** potentiel généré en fonction du type de concentration (III.) ;
 - déterminer si la concentration est **la cause** du potentiel effet anticoncurrentiel (IV.) ;
 - déterminer si les effets anticoncurrentiels sont **contrebalancés par des effets proconcurrentiels** générés par la même concentration (V.) ;
 - déterminer si les parties peuvent **prendre des engagements** de nature à annihiler les effets anticoncurrentiels (VI.).
- 644 Dans sa pratique, analysée entre 2004 et le 31 décembre 2019 sous le régime du Règlement 139/2004, la Commission européenne s'est vu notifier 5'251 concentrations. D'après ses propres statistiques, **l'autorité a prononcé 11**

708 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 6, p. 87.

709 **BOYCE/LYLE-SMYTHER**, *Merger Control*, n° 8.257 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 7-8, p. 87.

710 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 8 ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 10.

décisions d’interdiction de la concentration, soit 0.21%⁷¹¹. A ces interdic-
tions, on peut ajouter les cas où les parties, notamment lorsqu’elles ont été
informées par la Commission que leur concentration risquait d’être bloquée,
ont retiré leur demande. Durant la même période, un tel retrait est intervenu
127 fois. Pris ensemble, ces chiffres équivalent à 2.63% des décisions notifiées
qui sont bloquées par l’autorité ou abandonnées par les parties. Enfin, la Com-
mission a prononcé 274 décisions d’autorisation sous charges et conditions,
soit 5.22% des décisions notifiées⁷¹².

En somme, il apparaît que, sur les 5’251 concentrations notifiées, 412 ont 645
été interdites, abandonnées par les parties notamment en raison de leur risque
d’être interdites, soumises à charges et conditions ou restructurées. **C’est un
taux de 7.85% de concentrations qui sont empêchées ou modifiées par
le contrôle de la Commission.**

Affaire	Référence
Ryanair / Aer Lingus	M.4439
Olympic / Aegean Airlines	M.5830
Deutsche Börse / NYSE Euronext	M.6166
UPS / TNT Express	M.6570
Ryanair / Aer Lingus III	M.6663
Hutchison 3G UK / Telefonica UK *	M.7612
Deutsche Börse / London Stock Exchange Group	M.7995
HeidelbergCement / Schwenk / Cemex Hungary / C...	M.7878
Siemens / Alstom	M.8677
Wieland / Aurubis Rolled Products / Schwermetall	M.8900
Tata Steel / Thyssenkrupp / JV	M.8713
* Décision renversée par le Tribunal	

646

Concentrations interdites par la Commission entre 2004 et 2019.

711 Les chiffres sont issus des statistiques officielles, auxquelles nous avons retranché les
décisions rendues sous le régime du Règlement 4064/89 : Directorate General for
Competition, *Merger Statistics*.

712 Cf. Annexe II.

II. La détermination du marché pertinent

647 Après quelques remarques générales (A.), nous examinons ici les tests de détermination du marché pertinent appliqués par la Commission (B.), avant de proposer des conclusions intermédiaires (C.).

A. Remarques générales

648 D'après l'art. 2 para. 2 et 3 du Règlement 139/2004, la Commission peut interdire les concentrations lorsqu'elles entravent de manière significative une concurrence effective sur le **marché commun ou sur une partie substantielle de celui-ci**. La définition du marché pertinent permet donc à la fois d'appliquer les tests mesurant l'entrave à la concurrence effective et, également, de déterminer si une éventuelle entrave résulte de la concentration sur une partie substantielle du marché commun⁷¹³. Le marché pertinent se définit comme **le périmètre géographique** à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises pour des **produits interchangeables**⁷¹⁴.

649 La définition du marché permet d'identifier des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective⁷¹⁵. Une fois le marché identifié, la Commission calcule **la part de ce marché** dont dispose chaque entreprise en cause, sur la base de laquelle son **pouvoir de marché** sera déterminé⁷¹⁶. La délimitation du marché en cause a donc une influence déterminante dans le contrôle d'une concentration d'entreprises⁷¹⁷. En effet, une définition trop large conduit à attribuer à une entité une part trop faible et ainsi potentiellement à sous-estimer son pouvoir de marché⁷¹⁸.

650 Le marché pertinent est délimité en fonction de **deux composantes** : les produits (1°) et l'espace géographique (2°)⁷¹⁹.

713 **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.587 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 12, p. 88.

714 Communication sur la définition du marché, para. 2.

715 Communication sur la définition du marché, para. 2 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1114.

716 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 6.01 et 6.03 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 16, p. 89.

717 Communication sur la définition du marché, para. 4.

718 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 6.04 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1115.

719 Communication sur la définition du marché, para. 1.

1° Le marché des produits. La Commission définit le marché des produits 651 comme un marché comprenant « tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés »⁷²⁰. Afin de déterminer s'il s'agit d'un seul marché de produits, la Commission se fonde sur l'examen du produit en fonction de ses caractéristiques physiques, de son prix et de l'usage auquel il est destiné⁷²¹. Une fois ces deux critères définis, la Commission peut rechercher **quels produits peuvent se substituer** à ceux des entités parties à la concentration et, par conséquent, quels sont les producteurs qui exercent une pression concurrentielle⁷²². Pour considérer des produits comme appartenant au même marché des produits, la Commission va déterminer quelles sont les sources de contrainte concurrentielle, à savoir la substituabilité **du côté de la demande** et la substituabilité **du côté de l'offre**⁷²³.

— **La substituabilité du produit du côté de la demande** se définit par la 652 possibilité des acquéreurs de se fournir auprès d'un autre fournisseur d'un produit perçu comme un substitut du produit en cause⁷²⁴. Elle permet principalement de déterminer quel est le pouvoir que peuvent exercer les acquéreurs sur les fournisseurs, parties à la concentration⁷²⁵.

Pour déterminer si les produits en cause sont substituables du côté de la de- 653 mande, la Commission recourt à un faisceau d'éléments sans appliquer de véritable hiérarchie entre eux. L'approche de la Commission se fonde **sur tout type d'indice qui peut lui être utile pour l'appréciation dans le cas concret**. Certains critères sont pertinents pour déterminer la substituabilité des produits dans certains cas, mais seront sans intérêt pour d'autres⁷²⁶.

— **La substituabilité du produit du côté de l'offre.** La substituabilité du 654 côté de l'offre détermine l'interchangeabilité des fournisseurs en concurrence

720 Communication sur la définition du marché, para. 7.

721 Communication sur la définition du marché, para. 36 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 6.04 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-112.

722 Communication sur la définition du marché, para. 36 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.210 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 26, p. 91.

723 **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.592.

724 Communication sur la définition du marché, para. 15 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 34, p. 93.

725 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 27, p. 91.

726 Communication sur la définition du marché, para. 25 ; Affaire COMP/M.53, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, para. 14 ; Affaire COMP/M.5830, *Olympic/Aegean Airlines*, paras 94-277 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.210.

pour fournir un produit spécifique. Elle correspond à la capacité des fournisseurs à modifier leur production pour s'adapter à une demande sur un produit ou un service en particulier, sans encourir de coût supplémentaire⁷²⁷.

655 Si une hypothétique entité monopolistique augmente le prix de ses produits, cela peut conduire d'autres entités à modifier leur production pour fournir ce produit et augmenter leurs profits grâce à la hausse des prix⁷²⁸. Si ces autres entités peuvent **facilement et à moindre coût** fournir ce produit, elles doivent être comptées comme appartenant au même marché des produits⁷²⁹. En d'autres termes, si la substitution du côté de l'offre est possible, l'entité issue de la concentration ne sera pas à même de réaliser un profit en rehaussant ses prix, en raison du fait que les concurrents actuels ou potentiels pourront adapter leur production pour compenser la baisse de l'offre⁷³⁰. Lorsque l'offre n'est pas facilement sujette à substitution, soit lorsque de lourds investissements doivent être consentis, qu'une révision profonde des décisions stratégiques doit être entreprise, ou que des retards importants en résulteraient, les différents produits n'appartiennent pas au même marché⁷³¹.

656 **2° Le marché géographique.** La composante **géographique** du marché se définit comme « le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable »⁷³². Le marché géographique doit correspondre au marché commun ou à une partie substantielle de celui-ci (N 648). Des positions dominantes sur un marché local ou régional sont exclues du champ d'application du Règlement 139/2004⁷³³.

657 — La substituabilité sur le plan géographique **du côté de la demande**, la Commission analyse l'importance des préférences nationales ou régionales d'achat des clients, leurs habitudes, ainsi que la différence effectuée par les clients entre les produits et les marques, afin de déterminer s'ils porteraient

727 Communication sur la définition du marché, para. 20 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *Euro-pean Merger Control*, n° 64, p. 103.

728 **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 68.

729 **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.597.

730 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 65, p. 104.

731 Communication sur la définition du marché, para. 23.

732 Communication sur la définition du marché, para. 8 ; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.603 et 5.604.

733 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 105.

leur choix sur le produit d'un fournisseur implanté dans une autre zone en cas d'augmentation faible mais significative et durable des prix relatifs⁷³⁴.

— La substituabilité sur le plan géographique **du côté de l'offre**. La Commission évalue également les facteurs permettant de délimiter un marché géographique du côté de l'offre. Elle recherche d'éventuelles barrières qui empêcheraient les sociétés actives dans une certaine zone, d'étendre leur activité dans des conditions concurrentielles sur l'ensemble du marché géographique.

L'analyse porte sur les conditions d'implantation dans une région en particulier, les conditions d'accès aux réseaux de distribution ainsi que les barrières réglementaires qui entraveraient les concurrents des parties à la concentration dans leur établissement dans une nouvelle zone géographique⁷³⁵. Par cette analyse, la Commission cherche à déterminer **le degré d'interpénétration des marchés au niveau national, européen ou global**, en tenant compte des barrières éventuelles protégeant les sociétés implantées dans une zone donnée, de la pression concurrentielle des sociétés situées hors de cette zone⁷³⁶. Si la Commission détermine que les fournisseurs, qui ne sont pas encore présents sur les zones d'activité des parties à la concentration, peuvent y développer leurs activités à court terme, à moindre coût et sans risque particulier, alors les zones d'activité de ces fournisseurs sont incluses dans le marché géographique pertinent⁷³⁷.

La détermination du marché pertinent nécessite une analyse intégrant une série de tests **quantitatifs** et se fonde sur des données principalement fournies par les parties dans la section 6 du formulaire de notification de la concentration⁷³⁸.

B. Les tests de détermination du marché pertinent

Afin de déterminer si les produits envisagés sont substituables, tant du côté de l'offre que du côté de la demande, la Commission utilise des indices et tests

734 Communication sur la définition du marché, para. 29 ; **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.608.

735 Communication sur la définition du marché, para. 30 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 92, p. 112.

736 Communication sur la définition du marché, para. 30.

737 Communication sur la définition du marché, para. 30 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 93, p. 112.

738 Formulaire CO, Annexe I du Règlement d'exécution N° 1269/2013, Section 6 ; Communication sur la définition du marché, para. 26.

variables. Avant tout, elle se fonde sur ses propres précédents (1.). Puis elle recherche des preuves d'une substitution dans un passé récent (2.) ; elle recourt enfin à des tests quantitatifs (3.), et à des autres éléments d'appréciation (4.).

1. L'utilisation de précédents

662 La DG Concurrence peut s'inspirer de **décisions précédentes** pour déterminer le marché des produits. Lorsque des concentrations surviennent sur des marchés similaires, l'autorité recourt à une définition d'un marché des produits qu'elle a déjà retenu dans une décision antérieure⁷³⁹. L'autorité ne mentionne cependant pas cette possibilité dans sa Communication sur la définition du marché.

663 Par exemple, dans l'**affaire *Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland***⁷⁴⁰, la Commission s'est basée sur la définition du marché des produits qu'elle avait déjà effectuée précédemment, dans l'affaire *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*⁷⁴¹.

2. La preuve d'une substitution dans un passé récent

664 **Sur le plan des produits**, la Commission recherche des événements ou des chocs qui se seraient produits récemment sur le marché, soit une corrélation des modifications de prix, de volume ou de parts de marché, lorsqu'un changement particulier est intervenu dans la structure du marché et qui constituent des exemples réels de substitution entre deux produits⁷⁴².

665 La réaction en termes de quantités demandées à un changement du prix relatif d'un produit par rapport à un autre est un indice permettant d'établir l'existence d'une **substitution**. Le lancement d'un nouveau produit parvenant à détourner la demande d'un certain produit permet également à l'autorité d'établir l'existence d'une substitution entre l'ancien et le nouveau produit⁷⁴³.

666 **Sur le plan géographique**, dans certains cas, la Commission peut trouver des preuves du fait que des variations de prix ont engendré des détournements de commandes vers d'autres zones géographiques⁷⁴⁴. La comparaison est particulièrement délicate car plusieurs paramètres concourent généralement à la fixation des prix sur un marché géographique, notamment la fisca-

739 Cf. p. ex.: Affaire COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland*, para. 140.

740 Affaire COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland*, para. 140.

741 Affaire COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria / Orange Austria*.

742 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 6.33.

743 Communication sur la définition du marché, para. 38 ; **BISHOP/WALKER**, *The economics of EC Competition Law*, n° 13-001 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 54-55, p. 100.

744 Communication sur la définition du marché, para. 45 ; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.655.

lité, les taux de change et la différenciation des produits⁷⁴⁵. Les données relatives à un tel comportement de la clientèle sont particulièrement difficiles à collecter.

3. Les tests quantitatifs

Un certain nombre de tests quantitatifs (N 232) ont été conçus pour délimiter les marchés. Ils sont regroupés sous une approche **économétrique et statistique** du marché et font l'objet d'un examen minutieux et rigoureux par la Commission⁷⁴⁶.

La communication de la Commission sur la définition du marché prescrit l'application des **tests** suivants pour déduire le comportement des consommateurs en fonction de la variation du prix du produit ou du service.

1° Le test du monopoleur hypothétique (SSNIP). Le test du monopoleur hypothétique examine la substituabilité d'un produit ou d'une zone géographique en réaction à une augmentation faible mais significative et durable du **prix de vente** (« *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price* », « *SSNIP* ») (N 233)⁷⁴⁷.

Le test SSNIP, se basant uniquement sur le critère du prix du produit ou du service, doit être envisagé en **lien avec d'autres tests**⁷⁴⁸. En particulier son caractère approximatif, dû aux estimations et imprécisions inhérentes à l'hypothèse, ne permet pas à la Commission de l'utiliser comme unique outil de définition du marché. Il est en revanche davantage adapté à une vérification d'une définition du marché obtenue grâce à une approche qualitative, fondée sur les critères tels que l'usage auquel le produit est destiné ou de ses caractéristiques⁷⁴⁹.

L'**affaire CVC/Lenzing** fournit un exemple de réalisation d'un test SSNIP sur la base d'un questionnaire adressé aux clients. Le questionnaire est formulé comme suit :

« En ce qui concerne la production de chacun de vos (groupes de) produits en fibres de viscose, au cas où le prix des fibres de viscose **augmenterait de façon permanente de 5 %** :

- a) utiliserez-vous à 100 % d'autres types de fibres à la place des fibres de viscose,

⁷⁴⁵ Communication sur la définition du marché, para. 45; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 74, p. 106.

⁷⁴⁶ Communication sur la définition du marché, para. 39.

⁷⁴⁷ **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1114.

⁷⁴⁸ **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 48, p. 97.

⁷⁴⁹ **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 50, p. 98.

- b) réduiriez-vous le pourcentage de fibres de viscose dans votre mélange,
 - c) cesseriez-vous de fabriquer ce produit ou
 - d) ne changeriez-vous rien ?
- (2) Dans quelle mesure cela réduirait-il votre consommation de fibres de viscose ?
- (3) Au cas où vous n'utiliserez pas d'autres types de fibres, au cas où vous ne réduiriez pas le pourcentage de fibres de viscose ou au cas où vous ne cesseriez pas de produire, quelles seraient les augmentations de prix que subiraient vos produits en fibres de viscose ?

La question [suivante] reprend la question [précédente], mais avec une augmentation de prix de 10% »⁷⁵⁰.

673 **2° L'élasticité-prix de la demande.** L'estimation de l'élasticité du prix de la demande mesure la sensibilité de la demande pour un produit, en fonction de la modification de son prix (N 237)⁷⁵¹. Si la demande, en fonction d'une augmentation faible mais significative et durable de son prix de vente, n'évolue pas ou peu, la demande est peu élastique et on en déduit que le marché ne s'étend pas au-delà du produit⁷⁵². Une faible modification de la demande indique en effet qu'aucun produit qui puisse se substituer au produit examiné n'est disponible sur le marché⁷⁵³.

674 **3° L'élasticité-prix croisée de la demande.** L'élasticité-prix croisée de la demande consiste à déterminer la sensibilité de la demande d'un produit A, en fonction de la variation du prix du produit B analysé⁷⁵⁴. Lorsque la demande pour le produit A augmente en proportion de la variation du prix du produit B analysé, les deux produits peuvent être regroupés dans le même marché (N 239)⁷⁵⁵.

675 Dans chacun des deux tests d'élasticité des prix, la Commission doit s'assurer que les prix comparés sont concurrentiels, faute de quoi le test peut être biaisé par le principe de la *Cellophane-fallacy* (N 235).

676 Dans l'affaire *Danone / The Whitewave Foods Company*⁷⁵⁶, la Commission a laissé ouverte, la question de l'appartenance des yogourts à base de

750 Affaire COMP/M.2187, *CVC/Lenzing*, note 17, p. 7.

751 Communication sur la définition du marché, para. 39 et note n°5.

752 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 52, 53, p. 98.

753 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 52, p. 98 ; SCHWALBE/ZIMMER, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 66-67.

754 Communication sur la définition du marché, para. 39 et note n° 5.

755 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 53, p. 98 et 99.

756 Affaire COMP/M.8150, *Danone / The Whitewave Foods Company*.

produits laitiers et de ceux à base de produits végétaux au même marché des produits⁷⁵⁷. Néanmoins, l'examen de la proximité concurrentielle des parties, dans la phase de détermination du risque d'effets horizontaux, est réalisé sur la base de l'élasticité-prix croisée de la demande⁷⁵⁸. L'examen détermine qu'une modification des prix sur le marché final des yogourts végétaux n'a pas d'effet statistiquement significatif sur les quantités de yogourts laitiers vendus et vice versa. L'autorité en déduit que cet examen vient corroborer les résultats qualitatifs obtenus dans la phase de définition du marché⁷⁵⁹.

4° La corrélation entre les prix. L'analyse de la corrélation des prix mesure l'évolution du prix d'un produit en fonction de la modification du prix du produit analysé (N 244)⁷⁶⁰. Si deux produits appartiennent au même marché, la modification du prix de l'un doit entraîner la modification du prix de l'autre⁷⁶¹.

Plus les prix évoluent de manière **corrélée**, plus il est probable que les produits appartiennent au même marché. La corrélation est exprimée sous forme d'un coefficient exprimant le lien entre l'évolution du prix d'un produit A et l'évolution du prix d'un produit B. L'indice varie entre -1 et 1 et plus le coefficient de corrélation est proche de 1, plus les produits sont susceptibles d'appartenir au même marché (N 252)⁷⁶². Cependant, des modifications des prix corrélés peuvent également survenir dans le cas d'une modification des coûts fixes de production, sans que les produits n'appartiennent au même marché, par exemple en cas d'augmentation du prix du pétrole brut provoquant une augmentation du prix des pneumatiques⁷⁶³.

Dans l'**affaire HP / Printer Business of Samsung Electronics**, la Commission a constaté que, sur deux marchés précédemment distincts, en l'occurrence les imprimantes couleurs et monochromes, les prix tendaient à converger, démontrant qu'il ne s'agissait plus que d'un seul marché⁷⁶⁴.

757 Affaire COMP/M.8150, *Danone / The Whitewave Foods Company*, para. 27.

758 Affaire COMP/M.8150, *Danone / The Whitewave Foods Company*, para. 69.

759 Affaire COMP/M.8150, *Danone / The Whitewave Foods Company*, para. 70.

760 Communication sur la définition du marché, para. 39; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 53, p. 99.

761 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 6.27; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 53, p. 99.

762 **MCCLOUGHAN**, *Submission*, p. 28; Affaire COMP/M.7930, *ABP Group / Fane Valley Group / Stanley Foods*, para. 86.

763 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 53, p. 99.

764 Affaire COMP/M.8254, *HP / Printer Business of Samsung Electronics*, para. 33.

680 **5° La régression des prix.** L'analyse de régression des prix est une analyse statistique évaluant l'impact que le comportement des parties à la concentration – ou d'autres concurrents du marché – a sur les prix pratiqués par l'une ou l'autre⁷⁶⁵. La méthode consiste par exemple à comparer les statistiques de prix d'une entité partie à la concentration lorsque l'autre partie est présente sur le marché, avec les prix lorsque l'autre partie n'est pas présente sur le marché. La Commission compare également les prix des parties à la concentration selon qu'un concurrent significatif est également présent sur le marché ou non⁷⁶⁶.

681 L'analyse vise à déterminer si les parties exercent une pression concurrentielle l'une contre l'autre et le cas échéant, si cette **pression concurrentielle** est plus forte que celle exercée par d'autres concurrents. Si la pression concurrentielle est élevée entre les parties, il est probable qu'elles opèrent sur un même marché. Si les statistiques démontrent que la présence d'une autre partie sur le même secteur n'influence pas les prix, il est probable que les deux entités n'opèrent pas sur le même marché, ou qu'elles n'exercent pas de pression concurrentielle l'une sur l'autre.

682 Dans l'**affaire Ryanair / Aer Lingus**, la Commission a comparé les statistiques de prix des vols d'une compagnie pour une destination, selon que l'autre compagnie proposait également la destination ou non⁷⁶⁷.

4. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs

683 Des **études qualitatives** peuvent compléter les analyses quantitatives effectuées par la Commission. Elles permettent en particulier à l'autorité, par des réponses plus développées des participants, de se rendre compte en profondeur de spécificités du marché ou du mode de consommation des consommateurs.

684 **1° Le point de vue des clients et des concurrents.** La Commission sonde les principaux clients et les principaux concurrents des entreprises parties à la concentration afin de connaître leur opinion sur les limites du marché des produits et du marché géographique. Elle utilise les réponses fournies par les clients pour établir **leur tendance à reporter leur choix sur un produit de substitution** en fonction de la variation de son prix⁷⁶⁸.

765 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 53, p. 100.

766 Affaire COMP/M.4439, *Ryanair / Aer Lingus*, paras 450.

767 Affaire COMP/M.4439, *Ryanair / Aer Lingus*, paras 450 ss.

768 Communication sur la définition du marché, para. 40 et 47 ; Affaire IV/M.430 *Procter & Gamble / VP Schickedanz (II)*, para. 47.

Le point de vue des clients et des concurrents permet à la Commission d'avoir 685
une source précieuse d'informations sur le marché, qui lui sert de **point de
comparaison** pour vérifier les données proposées par les parties à la concen-
tration⁷⁶⁹, ou pour attirer son attention sur des caractéristiques du marché
qui n'avaient pas été mises en exergue par les parties⁷⁷⁰.

Dans l'**affaire Statoil/Hydro**, les clients et concurrents ont indiqué, par 686
exemple, via une enquête de marché réalisée par la Commission, que le gaz
norvégien, au contraire des gaz russe ou algérien, ne pouvait pas être distri-
bué dans certains pays de l'Espace économique européen en raison du
manque de connections de pipelines ou des limites de capacité de ceux-ci⁷⁷¹.

2° Les préférences des consommateurs. Les enquêtes de consommateurs, 687
parfois commandées directement par les parties, permettent à la Commis-
sion d'avoir **le point de vue des consommateurs** sur les biens de substitu-
tion. Les détaillants peuvent également fournir des informations précieuses
au sujet des habitudes des clients et de leur fidélité au produit⁷⁷².

Les études de marché et les enquêtes menées auprès des consomma- 688
teurs pour connaître leurs **habitudes de consommation** sont utilisées pour
déterminer si une proportion économiquement significative des consomma-
teurs considère deux produits comme substituables⁷⁷³.

La Commission porte une attention particulière à la méthodologie des 689
enquêtes auprès des clients, réalisées par les entreprises parties à la concen-
tration ou leurs concurrents lorsqu'elles sont réalisées dans le cadre de la
procédure. Contrairement aux études de marchés préalables au lancement
d'un produit, à la fixation d'un prix ou à la détermination d'une action com-
merciale, elles risquent d'être **influencées par la procédure** de contrôle des
concentrations en cours⁷⁷⁴.

Dans l'**affaire Deutsche Börse / NYSE Euronext**, les consommateurs ont 690
fourni une vision étendue des spécificités des services proposés par chacune
des parties et de l'utilisation qu'ils faisaient de chacun de ceux-ci, dans un mar-
ché de produits financiers et d'outils de trading particulièrement spécialisé⁷⁷⁵.

769 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 62, p. 103.

770 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 78, p. 108.

771 Affaire COMP/M.4545, *Statoil/Hydro*, para. 14.

772 Affaire IV/M.430, *Procter & Gamble / VP Schickedanz (II)*, para. 125.

773 Communication sur la définition du marché, para. 41.

774 Communication sur la définition du marché, para. 41 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 56, p. 101.

775 Affaire COMP/M.6166, *Deutsche Börse / NYSE*, paras 63, 66, 30, 72-75, 77, 83, 105, 107-108, 171-172, 202-204, 222, 241-242, 257, 259, 260-261, 276-278, 287, 289-292, 313, 315, 319, 327, 330, 341, 357, 374-375, 396-397, 399, 407-408, 413, 419, 421-422, 428, 444, 1030-1036.

- 691 Dans l'**affaire Lufthansa / SN Airholding**, la Commission a effectué une analyse quantitative des habitudes des clients, sur la base de sondages, pour définir quels services et quelles destinations fournis par les compagnies, étaient utilisés, afin de définir les marchés sur lesquels les parties étaient actives⁷⁷⁶.
- 692 **3° Les barrières** et coûts associés à un transfert de la demande vers des produits de substitution potentiels ou un autre marché géographique. Le remplacement d'un produit par un autre peut générer des coûts supplémentaires pour les consommateurs ou faire émerger des obstacles d'une autre nature rendant deux produits, par ailleurs équivalents, difficiles à substituer⁷⁷⁷.
- 693 Les **obstacles** peuvent notamment être :
- d'ordre **réglementaire**, par exemple lorsqu'un médicament générique n'est pas autorisé sur le territoire d'un Etat ;
 - d'ordre **technique**, lorsque l'utilisation d'un produit de substitution nécessite des connaissances spécialisées auxquelles le personnel d'une entreprise devrait être formé ou des machines spéciales ;
 - d'ordre **économique** lorsqu'un changement de produit provoque un recul de la production courante⁷⁷⁸ ;
 - d'ordre **géographique**, en fonction de la localisation de la clientèle, lorsque les coûts d'acheminement sont élevés pour des produits difficiles à transporter par exemple. Il est possible en effet que des obstacles physiques circonscrivent un marché et le confinent à l'intérieur de frontières, alors même qu'il pourrait s'étendre au-delà de celles-ci. C'est le cas notamment si les consommateurs n'ont pas accès au réseau de distribution dans une zone donnée, ou s'ils doivent faire face à des tarifs douaniers⁷⁷⁹.
- 694 Dans l'**affaire Price Waterhouse / Coopers & Lybrand**, la Commission a retenu la perte d'un haut niveau de confiance entre les clients et leurs réviseurs, lequel se construit sur une période de plusieurs années, comme coût de transfert, décourageant les clients de passer d'un réviseur à un autre⁷⁸⁰.

776 Affaire COMP/M.5335, *Lufthansa / SN Airholding*, paras 75-81.

777 Communication sur la définition du marché, para. 42 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 57, p. 101.

778 Communication sur la définition du marché, para. 42.

779 Communication sur la définition du marché, para. 50 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 90, p. 111.

780 Affaire COMP/M.1016, *Price Waterhouse / Coopers & Lybrand*, paras 37 et 40.

4° Les différentes catégories de clients et la discrimination par les prix. 695

Le groupe de clients à qui s'adressent les produits peut influencer la définition du marché. Lorsque deux ou plusieurs groupes de clients sont identifiables pour un produit donné, il est possible que chacun des **groupes de clients** soit considéré comme un marché séparé⁷⁸¹, en raison du fait que l'entité issue de la concentration peut identifier plusieurs groupes de clients différents et pratiquer une politique de prix discriminatoires entre l'un, qui peut avoir des produits de substitution ou un autre fournisseur potentiel dans la même zone géographique, et l'autre, qui ne peut pas⁷⁸².

La Commission considère que différents groupes de clients constituent des **marchés différents**, si : 696

- il est possible de déterminer précisément à **quel groupe appartient un client** donné au moment où on lui vend le produit en cause, et
- les échanges entre groupes de clients ou **l'arbitrage par des tiers ne sont pas réalisables**⁷⁸³.

Dans l'**affaire Lufthansa/SN Airholding**, la Commission a relevé la segmentation des clients entre, notamment, les passagers sensibles à la durée de leur séjour et au temps de trajet pour y parvenir, donc aux horaires et lieu de départ des vols, et les passagers qui y étaient indifférents, pouvant voler à des heures et de lieux variables⁷⁸⁴. 697

5° Les caractéristiques fondamentales de la demande. En fonction du type de produit ou de service offert, le marché géographique peut être délimité par les **habitudes de demande** de clients dans une zone particulière. Par exemple, la demande en produits du secteur des médias est fortement marquée par une préférence nationale⁷⁸⁵. 698

Certains produits font également l'objet d'une **préférence nationale** par des consommateurs lorsqu'ils sont distribués sous une marque nationale ou dans une certaine langue. La culture et le style de vie des consommateurs finaux, de même que la nécessité d'une présence sur place du fournisseur des 699

781 Communication sur la définition du marché, para. 43.

782 Communication sur la définition du marché, para. 43 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *Euro-pean Merger Control*, n° 58 et 59, p. 101.

783 Communication sur la définition du marché, para. 43 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *Euro-pean Merger Control*, n° 59, p. 101 et 102.

784 Affaire COMP/M.5335, *Lufthansa/SN Airholding*, para. 22.

785 Communication sur la définition du marché, para. 46 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *Euro-pean Merger Control*, n° 75, p. 107.

produits et services sont autant de facteurs qui limitent l'étendue de la zone dans laquelle la concurrence peut s'exercer⁷⁸⁶.

700 Dans l'**affaire ABP Food Group / Fane Valley / Linden Foods**, les questionnaires ont montré que les exigences d'étiquetage du bétail vivant, indiquant le pays de provenance, tendait à segmenter le marché géographique sur le territoire national en raison des préférences des consommateurs pour la viande de leur propre pays⁷⁸⁷.

701 **6° La localisation des achats au moment de l'enquête.** La Commission examine dans quelle zone géographique les clients achètent habituellement leurs produits, dans une période donnée correspondant au temps de l'enquête⁷⁸⁸.

702 Lorsque les produits sont acquis indistinctement et à des **conditions identiques** n'importe où dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen, ou lorsqu'ils sont acquis par une procédure d'appel d'offres à laquelle toute entreprise située dans l'Union européenne ou l'Espace économique européen peut soumissionner, le marché géographique en cause sera généralement considéré comme étant l'Union européenne ou l'Espace économique européen dans son ensemble⁷⁸⁹.

703 **7° Les courants d'échanges.** Dans les marchés où les données de clients individuels sont particulièrement difficiles à récolter, notamment en raison de leur grand nombre, la Commission peut se fonder sur les données relatives aux courants d'échanges, si des **statistiques commerciales** suffisamment détaillées sont disponibles pour les produits concernés⁷⁹⁰.

704 Les courants d'échanges déterminent **où sont adressés les produits** et services, mais ne permettent en général pas à eux seuls de tirer des conclusions définitives au sujet de l'étendue du marché géographique⁷⁹¹.

705 L'évolution des **courants d'échanges** renseignent la Commission sur les détournements des clients en faveur de produits situés dans une autre zone⁷⁹².

786 Communication sur la définition du marché, para. 46.

787 Affaire COMP/M.8481, *ABP Food Group / Fane Valley / Linden Foods*, para. 28.

788 Communication sur la définition du marché, para. 48.

789 Communication sur la définition du marché, para. 48.

790 Communication sur la définition du marché, para. 49; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 74, p. 106.

791 Communication sur la définition du marché, para. 49.

792 Communication sur la définition du marché, para. 31; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 74, p. 106.

C. Conclusions intermédiaires

Dans son appréciation de la définition des marchés, la Commission dispose d'une **large palette de tests** lui permettant d'appréhender de manière approfondie les marchés des produits et les marchés géographiques (N 660). 706

Elle s'appuie sur ses propres précédents (N 662) et des preuves des substitutions dans un passé récent entre différents produits ou différentes zones géographiques (N 664). De plus, elle s'appuie sur une série de **tests quantitatifs** (N 667), au travers desquels elle évalue la concurrence s'exerçant entre différents produits offerts par les parties à la concentration et leurs concurrents et son effet sur leur prix et leur demande. 707

L'autorité s'appuie aussi largement sur des **informations qualitatives** recueillies auprès des parties, de leurs partenaires contractuels ainsi que de leurs concurrents (N 683). Ces questionnaires donnent souvent un aperçu de la réalité du marché qui permet à la Commission de mieux comprendre les dynamiques concurrentielles, là où les données quantitatives ne fournissent parfois que des indices. 708

La Commission n'utilise pas une **liste définie de tests**, mais procède plutôt par indices et recourt aux tests qui lui semblent les plus appropriés pour circonscrire les marchés des produits et les marchés géographiques (N 653). Dans les cas où la définition du marché n'est pas certaine, la Commission peut tout de même examiner les effets anticoncurrentiels et l'influence que la commercialisation d'un produit peut avoir sur celle d'un autre produit, sans pour autant avoir arrêté une définition du marché (N 676). 709

III. Les effets anticoncurrentiels

Dans l'examen de la concentration, la Commission prend en compte les risques que la concentration engendre des **effets anticoncurrentiels**⁷⁹³. 710

Nous distinguons les effets anticoncurrentiels, selon qu'ils sont générés par une concentration horizontale (A.), verticale (B.) ou conglomérale (C.)⁷⁹⁴. Nous terminons par des conclusions intermédiaires (D.). 711

793 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 28 ; Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 12.

794 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 7, p. 87.

A. Dans les concentrations horizontales

712 Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par la Commission selon que la concentration génère des effets non coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

713 Les concentrations horizontales, soit celles entre entités actives **sur le même marché**, créent un risque d'entrave à la concurrence de deux manières principales, en générant des effets non coordonnés ou coordonnés⁷⁹⁵.

714 Les concentrations horizontales constituent la **nette majorité** des cas d'interventions de la Commission. En 2015 et 2016, sur les 49 cas d'intervention de la Commission, 46 étaient des concentrations horizontales⁷⁹⁶.

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

715 Les effets anticoncurrentiels non coordonnés⁷⁹⁷ sont susceptibles d'être générés de deux façons principales : soit par un cas de dominance individuelle, lorsqu'une entreprise dispose d'un important **pouvoir de marché** lui permettant de se comporter essentiellement de manière indépendante de ses concurrents⁷⁹⁸, soit par des effets unilatéraux au sens strict, survenant par la **suppression de pressions concurrentielles** entre les parties à la concentration⁷⁹⁹.

716 La doctrine ne **distingue souvent pas** les deux concepts et utilise l'expression « effets unilatéraux » autant pour le premier que le second. Les effets anticoncurrentiels générés sont essentiellement les mêmes et ont pour point commun de ne pas découler d'une coordination des comportements des entités sur le marché. En revanche, les circonstances conduisant au déploiement de ces effets non coordonnés sont différentes.

795 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 22 ; **COATE**, *Overview*, p. 7.

796 **MOSSO**, *Merger Enforcement*, p. 6.

797 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 22 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1116.

798 Règlement 139/2004, consid. 25 ; Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 24 ss ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.233 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.01, 7.09 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 116, p. 117.

799 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 22 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.234 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.52.

Dans un cas de **dominance individuelle**, l'entité résultante est à même d'augmenter les prix, de réduire la quantité, la qualité ou l'innovation de ses produits, sans perdre une quantité si importante de clientèle que l'augmentation des prix ne soit pas rentable⁸⁰⁰. 717

En l'absence de **dominance individuelle**, les effets non coordonnés peuvent également survenir. Sur les marchés oligopolistiques, caractérisés par un haut degré de concentration réalisé par un faible nombre d'entreprises, peuvent apparaître des **effets unilatéraux au sens strict**, lorsque la transaction élimine d'importantes pressions concurrentielles exercées précédemment par l'une ou l'autre des parties à la concentration sur l'intégralité du marché⁸⁰¹. Les effets unilatéraux modifient les équilibres du marché même en l'absence de position dominante⁸⁰². 718

Les effets non coordonnés dans les marchés oligopolistiques n'étaient pas appréhendés par le Règlement 4064/89 tant que la concentration n'aboutissait pas à une **position dominante ou à une dominance collective**⁸⁰³. Depuis l'entrée en vigueur du Règlement 139/2004 (N 162), le test prévoit que « sont incompatibles avec le marché commun, les concentrations qui entravent de manière significative la concurrence effective, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante ». La présence de l'adverbe « notamment » dans la formulation inclut l'hypothèse d'une entrave à la concurrence effective sans création ou renforcement d'une position dominante d'une entité. Cela permet la **prise en compte des effets unilatéraux au sens strict** (N 715). En outre, ceux-ci sont expressément mentionnés au considérant 25 du Règlement 139/2004⁸⁰⁴. 719

b. Les critères du test

La Commission a défini dans ses Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (N 634) une liste de **facteurs**, soit de **conditions de concurrence sur le marché**, qu'elle examine afin de déterminer si la concentration peut conduire à une augmentation du pouvoir de marché de l'entité résultante et par conséquent potentiellement à des effets anticoncur- 720

800 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.233.

801 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.55 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 118, p. 117.

802 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.234.

803 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.56.

804 Règlement 139/2004, consid. 25 ; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 27.

rentiels non coordonnés⁸⁰⁵. Les conditions de concurrence sur le marché, mentionnées par la Commission pouvant conduire à un important pouvoir de marché des parties à la concentration sont :

- la détention par les parties d'une **part de marché** élevée (i.) ;
- un haut **degré de concentration** sur le marché (ii.) ;
- la **proximité concurrentielle** des parties (iii.) ;
- la possibilité limitée pour les clients de **changer de fournisseur** (iv.) ;
- la difficulté pour les concurrents **d'augmenter leur production** (v.) ;
- la capacité de l'entité résultante de **freiner l'expansion** de ses concurrents (vi.) ;
- l'élimination d'un **important moteur de la concurrence** (vii.).

721 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant générer des effets non coordonnés comme un test **de type A** (N 267).

(i) *La part de marché détenue par les parties à la concentration*

722 D'après les Lignes directrices sur les concentrations horizontales, le premier indice de la création d'effets anticoncurrentiels non coordonnés réside dans **la part de marché totale** détenue par les entreprises participantes à l'opération⁸⁰⁶.

723 La Commission fixe une présomption de compatibilité avec le marché (un *safe harbor*) de toute concentration d'entités dont les parts de marché atteignent ensemble moins de 25%⁸⁰⁷. Une part de marché particulièrement élevée de 50% peut en revanche à elle seule constituer la preuve de l'existence d'une dominance individuelle sur le marché⁸⁰⁸. Entre ces deux **seuils**, la Commission considère qu'une concentration peut soulever des problèmes de concurrence en raison d'autres facteurs. Par conséquent, certaines concentrations peuvent être interdites même si le seuil de 50% de parts de marché n'est pas atteint. La Commission a par exemple conclu dans plusieurs affaires

805 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du Règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C n° 31 du 5 février 2004.

806 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 14 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.235 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1116.

807 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 18 ; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.684 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1116 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.21 ; **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*, p. 1574 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-155.

808 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 17 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 142.

à la création ou au renforcement d'une position dominante malgré une part de marché inférieure à 50%⁸⁰⁹.

Cependant, dans l'**affaire CK Telecoms UK c. Commission**, le Tribunal indique que, s'il n'est pas exclu que, en dépit de la part de marché relativement faible d'une des parties à la concentration, la concentration affecte de façon significative la concurrence effective, il appartient à la Commission d'apporter des preuves convaincantes qu'un ou des autres critères entravent la concurrence de manière significative, par un examen circonstancié des faits⁸¹⁰.

La Commission **additionne les parts de marché** des entreprises parties à la concentration pour déterminer l'évolution du pouvoir de marché de celles-ci après l'opération⁸¹¹. Selon l'autorité, plus la part de marché est importante, plus l'entreprise a de chances de détenir un pouvoir de marché. De plus, plus l'addition des parts de marché des entreprises participantes est importante, plus la probabilité que la concentration engendre une augmentation significative du pouvoir de marché des parties est élevée. L'augmentation des parts de marché ne constitue qu'une indication de l'augmentation du pouvoir de marché, mais elle demeure néanmoins un facteur important pour l'appréciation d'une concentration⁸¹².

La Commission prend comme référence les parts de marché existantes et peut tenir compte en sus de **certaines évolutions futures**, par exemple une sortie d'un concurrent, une entrée de nouveaux concurrents ou une expansion d'activités⁸¹³. Lorsque l'évolution des parts de marché est très instable, la Commission recourt à l'examen de données historiques et détermine ainsi l'importance probable des différents concurrents et l'évolution de leur part de marché dans le temps⁸¹⁴. La Commission envisage l'état du marché dans une perspective dynamique et tient compte de l'évolution des conditions⁸¹⁵.

809 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 17; Affaire COMP/M.2337, *Nestlé/Ralston Purina*, para. 48 ss; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.588 et 5.687; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Guidelines*, n° 133, p. 122; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-156.

810 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 438 et 447.

811 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 15.

812 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 27; **KOKKORIS/SHE-LANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.122 et n° 7.20; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-140.

813 Affaire COMP/M.1806, *Astra Zeneca/Novartis*, para 150 et 415.

814 CR Concurrence-**CLERC/KELLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 141.

815 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 15; Affaire T-210/01, *General Electric c. Commission*, para. 151; Affaire COMP/M.2256, *Philips/Agilent Health Care Technologies*, para. 31 et 32; COMP/M.2609, *HP/Compaq*, para. 39.

- 727 La Commission détermine les parts de marché de chacune des entreprises sur la base du chiffre d'affaires des produits en cause, vendus sur le territoire en cause, sur chacune des trois dernières années⁸¹⁶. La Commission se fonde sur **les informations fournies par les parties** elles-mêmes, par des sociétés de conseil aux entreprises ou par les associations professionnelles. A défaut de telles informations, l'autorité demande à chaque fournisseur sur le marché pertinent d'indiquer son chiffre d'affaires et calcule la taille totale du marché et les parts de chacune des entreprises⁸¹⁷.
- 728 **Dans les groupes de sociétés**, les parts de marché des sociétés affiliées sont combinées⁸¹⁸. Lorsqu'une entreprise détient le contrôle d'une autre entreprise au sens de l'art. 3 du *Règlement 139/2004* sur le contrôle des concentrations, toutes les parts de marché sont additionnées⁸¹⁹. **Dans les joint-ventures**, lorsque l'une des sociétés parties est active sur un marché pertinent, toutes les parts de marché de toutes les autres sociétés parties à la joint-venture et actives sur ce marché lui sont attribuées⁸²⁰.
- 729 Dans certains cas de coopération entre les parties et un autre concurrent, **les parts de marché de celui-ci peuvent être ajoutées** à celles des parties, lorsque celui-ci exerce une pression concurrentielle très faible ou pratiquement inexistante⁸²¹. Dans la fusion *Lufthansa/Swiss* par exemple, la Commission a intégré dans les parts de marché des entreprises participantes, celles des concurrents membres de l'alliance des compagnies, en raison de la nature extensive de la collaboration entre ceux-ci⁸²².
- 730 Les volumes de **ventes intra-groupe** ne sont pas pris en compte dans le calcul des parts de marché, ni dans le marché total, en raison du fait qu'ils correspondent à des ventes à des clients captifs qui ne sont pas susceptibles d'être gagnés par des concurrents⁸²³.

816 Voir Section 7 du formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au *Règlement (CE) No 139/2004* du Conseil.

817 Communication sur la définition du marché, para. 53.

818 Voir Section 7 du formulaire CO relatif à la notification d'une concentration conformément au *Règlement (CE) No 139/2004* du Conseil.

819 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 125, p. 119; Affaire COMP/M.2978, *Lagardère/Natexis/VUP*, para. 406-414.

820 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 127, p. 119; Affaire COMP/M.5066, *Eurogate/APMM*, para. 28; Affaire IV/M.4, *Renault/Volvo*.

821 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 128, p. 119.

822 Affaire COMP/M.3770, *Lufthansa/Swiss*, para. 22-23.

823 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 130, p. 120.

(ii) *Le degré de concentration du marché pertinent*

Le degré de concentration du marché pertinent donne une indication importante à la Commission sur les conditions de la concurrence. L'indice de concentration ainsi que sa variation avant et après l'opération peuvent servir d'indicateur de l'absence de risque, mais ne constituent jamais une présomption de l'existence ou de l'absence de tels problèmes⁸²⁴. La Commission exprime le degré de concentration en recourant à l'**indice de Herfindahl-Hirschman (IHH)** (N 282)⁸²⁵.

Outre la valeur absolue de l'IHH, la Commission tient également compte de la **variation** de l'indice avant et après l'opération de concentration, soit la différence entre les deux valeurs et définit cet indicateur comme le *delta*, qui la renseigne sur la modification du degré de concentration résultant de l'opération (N 282)⁸²⁶.

En fonction du degré de concentration du marché et de son delta, la Commission établit un **premier pronostic** de l'absence de problème sous l'angle de la concurrence. L'opération est peu susceptible de conduire à un pouvoir de marché permettant à l'entité résultante de provoquer des effets anticoncurrentiels lorsqu'elle conduit à une concentration du marché dont l'IHH est inférieur à 1000. Une analyse approfondie n'est en principe pas nécessaire⁸²⁷.

Lorsque l'opération conduit à une concentration du marché dont l'IHH est compris entre 1000 et 2000 à l'issue de l'opération et que le delta est de moins de 250 points, ou à une concentration du marché dont l'IHH est supérieur à 2000 à l'issue de l'opération et que le delta est de moins de 150 points, il est **peu probable** que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux, sauf si un ou plusieurs autres critères d'appréciation traités dans ce chapitre sont réunis⁸²⁸.

824 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 21; Affaire COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/Telefinoca Ireland* (2014), para. 217; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-143 et 5-4-077; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 149, p. 126.

825 **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1116.

826 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 16; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.125; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 146, p. 125.

827 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 19; Affaire COMP/M.6905, *INEOS/Solvay/JV* (2014), para. 633.

828 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 19 et 20; Affaire COMP/M.6905, *INEOS/Solvay/JV* (2014), para. 633; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1117.

735

	IHH < 1000	1000 < IHH < 2000	2000 < IHH
Δ IHH < 150	Problèmes de concurrence peu probables, pas d'analyse approfondie	Problèmes de concurrence peu probables ; analyse approfondie	Problèmes de concurrence peu probables ; analyse approfondie
150 < Δ IHH < 250			[pas d'information dans les lignes directrices]
250 < Δ IHH		[pas d'information dans les lignes directrices]	[pas d'information dans les lignes directrices]

736 Dans **48 affaires** depuis 2004 (N 644), la Commission a établi le degré de concentration du marché en utilisant l’IHH. Le tableau suivant les reprend toutes indiquant pour chacune le niveau d’IHH ainsi que la variation de celui-ci.

737

Affaire	Référence	IHH post-fusion	Delta	Décision
Kesko / ICA	M.3464, para. 30, 47	[1800-2000]	[100-200]	Autorisé
		[2000-2500]	[100-200]	
		[800-900]	[50-100]	
		[1800-2000]	[300-350]	
		[2000-2200]	[300-350]	
		[400-500]	[50-100]	
Yamanouchi / Fujisawa	M.3493, para. 14	[< 2000]	[< 250]	Autorisé
T-Mobile Austria / Tele.ring	M.3916, para. 44	[3000-3500]	[500-600]	Mesure
		[3000-3500]	[500-600]	
Inco / Falconbridge	M.4000, para. 234	[6400] *	[3150] *	Mesure
Metsoi / Aker Kvaerner	M.4187, para. 79	[> 4000]	[> 1000]	Mesure
		[6000-7000]	[3000-4000]	
Johnson & Johnson / Pfizer Consumer Healthcare	M.4314, para. 73	4482	1578	Mesure
Arjowiggins / M-real Zanders Reflex	M.4513, para. 155	[2500-3600]	[900-1600]	Mesure
	M.4513, para. 509	[900-1600]	[100-225]	
Arsenal / DSP	M.5153, para. 209	[8000-9000]	[4200-4800]	Mesure
Manitowoc / Enodis	M.5180, para. 66	[5800-6000]	[1900-2100]	Mesure
WPP / TNS	M.5232, para. 57	[2000-2500]	[750-850]	Mesure

Affaire	Référence	IHH post-fusion	Delta	Décision
Motor Oil (Hellas) Corinth Refineries / Shell Overseas Holdings	M.5637, para. 78	2194		Renvoi
Novartis / Alcon	M.5778, para. 141	[6000-7000]	[2000-3000]	Mesure
JCI / Michel Thierry Group	M.5930, para. 36	[< 2000]		Autorisé
Western Digital Ireland / Viviti Technologies	M.6203, para. 870	[< 2000]		Mesure
Marquard & Bahls / Bominflot	M.6463, para. 27	1442	62	Autorisé
Hutchison 3G Austria / Orange Austria	M.6497, para. 137	[0-5000]	[500-1000]	Mesure
Groupe Auchan / Magyar Hipermarket	M.6506, para. 34	[< 2500]		Autorisé
DS Smith / SCA Packaging	M.6512, para. 143	[1300-1400]	[100-200]	Mesure
Glencore / Xstrata	M.6541, para. 175	[> 2000]	[900-1000]	Mesure
Munksjö / Ahlstrom	M.6576, para. 369	[> 8100]	[4000-5000]	Mesure
Andritz IV / Schuler	M.6662, para. 44	1023	117	Autorisé
Ryanair / AER Lingus III	M.6663, para. 475	5035		Interdit
Kinnevik / Billerud / Korsnäs	M.6682, para. 80	5500	2000	Mesure
Syniverse / Mach	M.6690, para. 204	[> 2000]	[> 2300]	Mesure
Rewe Touristik GMBH / Ferid Nasr / Exim Holding SA	M.6704, para. 33	[< 2000]	[< 150]	Autorisé
INEOS / Solvay / JV	M.6905, para. 633	3881	1596	Mesure
Argos / Sopetral	M.6935, para. 25		[< 250]	Autorisé
Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland	M.6992, para. 222	3486	620	Mesure
Telefonica Deutschland / E-Plus	M.7018, para. 241	[> 2400]	[> 400]	Mesure
		2000	[> 300]	
		3500	[> 1200]	
Federal-Mogul Corporation / Honeywell Friction Materials	M.7174, para. 32	4034	882	Mesure
Advent International / Bain Capital Investors / Nets Holding	M.7241, para. 49	[6000-7000]	[200-300]	Autorisé

Affaire	Référence	IHH post-fusion	Delta	Décision
PCCR USA / Total's CCP Composite Business	M.7359, para. 26	1042	[< 250]	Autorisé
CommScope / TE BNS	M.7563, para. 144	[900-1600] *	[< 150]	Autorisé
Ball / Rexam	M.7567, para. 682	[5500-10000]	[2700-4600]	Mesure
Hutchison 3G UK / Telefonica UK	M.7612, para. 399	[2000-4000]	[0-1000]	Interdit *
Liberty Global / BASE Belgium	M.7637, para. 212	[3000-3500]	[0-500]	Mesure
Hutchison 3G Italy / Wind / JV	M.7758, para. 380	[3000-4000]	[500-1000]	Mesure
EGP / F21 / JV	M.7816, para. 37		[< 150]	Autorisé
Plastic Omnium / Faurecia Exterior Automotive Business	M.7893, para. 89	[...]	[...]	Mesure
ABP Group / Fane Valley Group / Silaney Foods	M.7930, para. 308	[< 1500]	[...]	Autorisé
Dow / Dupont	M.7932, para. 2527	[1500-2000]	[300-400]	Mesure
Advent International / Nuplex Industries	M.8019, para. 104	[...]	[...]	Autorisé
SEB Internationale / WMF Group	M.8091, para. 227	[< 900]	[200-300]	Autorisé
Lanxess / Chemtura	M.8261, para. 65	[...]	[< 150]	Autorisé
Cinven / Permira / Allegro / Ceneo	M.8274, para. 67	[900-1600] **	[< 150] **	Autorisé
Sedgwick / Cunningham Lindsey	M.8764, para. 82	[2500-3600] **	140	Autorisé
* Annulée par le Tribunal				
** Valeur calculée par nos soins sur la base des parts de marché retenues par l'autorité				

Affaires dans lesquelles la Commission a établi l'IHH du marché concerné, depuis 2004.

(iii) La proximité concurrentielle des parties

- 738 Sur un même marché en cause, plus les produits de deux entreprises parties à une concentration sont des **substituts proches**, plus il est probable que celles-ci augmenteront significativement leurs prix, sans souffrir de la concurrence des autres acteurs du marché⁸²⁹. On parle dans ce cas de marchés de

829 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.235 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.32 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-171 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 150, p. 126.

produits différenciés, soit lorsque les consommateurs perçoivent les produits des entités parties à la concentration comme de proches substituts⁸³⁰.

L'adoption du nouveau test SIEC a expressément conduit à l'appréhension des concentrations horizontales sur des marchés oligopolistiques sans position dominante et sans coordination des comportements. Le Règlement 139/2004 prévoit que les concentrations impliquant **l'élimination des fortes contraintes concurrentielles** que les parties à la concentration exerçaient l'une sur l'autre, ainsi qu'une réduction des pressions concurrentielles sur les autres concurrents, peuvent, même en l'absence de probabilité de coordination entre les membres de l'oligopole, avoir pour conséquence une entrave significative à une concurrence effective⁸³¹. 739

Lorsque la rivalité entre les parties a été une source de concurrence importante sur le marché, leur concentration engendre une baisse significative de celle-ci et peut provoquer des **effets unilatéraux** se traduisant par des augmentations de prix, des baisses de la qualité ou des quantités de produits offerts sur le marché. Les effets unilatéraux peuvent se produire même en l'absence de position dominante de l'entité résultante⁸³². En revanche, lorsque les autres concurrents produisent des substituts proches des produits des parties à la concentration, celles-ci disposent de moins de marge de manœuvre pour augmenter leurs prix, car elles inciteraient leurs clients à se tourner vers les produits concurrents. Le risque qu'une concentration entrave de manière significative la concurrence effective est donc plus élevé lorsque le degré de substituable entre les produits des parties à la concentration est élevé⁸³³. 740

Le Règlement 139/2004 comble ainsi une lacune. Il concerne désormais toutes les concentrations conduisant à une situation dans laquelle les acteurs du marché après l'opération peuvent adopter un comportement induisant des effets anticoncurrentiels et profiter d'un certain pouvoir de marché **sans dépendre de l'adoption par les autres acteurs d'une réponse coordonnée**⁸³⁴. 741

Les cas correspondant à cette lacune sont **nombreux** en Europe. La Commission estime qu'en 2015 et 2016, sur 49 interventions de la Commission, 16 sont des cas tombant dans la lacune du Règlement 4064/89, soit un tiers du nombre total des interventions⁸³⁵. 742

830 LIANOS/KORAH/SICILIANI, *Competition Law*, p. 1575.

831 Règlement 139/2004, consid. 25.

832 Règlement 139/2004, consid. 25; WHISH/BAILEY, *Competition Law*, p. 883.

833 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 28; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 7.36.

834 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 7.58.

835 MOSSO, *Merger Enforcement*, p. 13.

743 Pour déterminer le degré de substituabilité des produits des parties, la Commission utilise plusieurs **tests économétriques** (N 58). L'autorité a recours notamment à l'élasticité-prix croisée de la demande, aux ratios de diversion, au test du *Gross Upward Pricing Pressure Index* (« GUPPI »), ou de l'*Upward Pricing Pressure* (« UPP »), ou encore à une simulation de la concentration⁸³⁶.

744 **1° L'élasticité-prix croisée de la demande** consiste à déterminer la sensibilité de la demande d'un produit A, en fonction de la variation du prix d'un produit B (N 239). Son utilisation pour déterminer la pression concurrentielle que s'imposent les parties à la concentration est la même que celle qu'en fait la Commission pour définir le marché (N 676). Si l'élasticité-prix croisée de la demande est élevée, cela signifie que les consommateurs vont détourner leur demande vers le produit A si le prix du produit B augmente. Par conséquent, les deux producteurs sont de proches concurrents. Dans ce cas, la concentration supprime une forte pression concurrentielle entre les parties, ce qui est susceptible d'engendrer des effets unilatéraux.

745 **2° Le ratio de diversion** vise à déterminer la proximité des deux produits offerts par les deux parties à la concentration. Si une partie augmente le prix de son produit A et qu'elle perd une certaine quantité de vente de ce produit, le ratio de diversion détermine quelle part de ces ventes perdues est recapturée par l'autre partie à la concentration par la vente de son produit B⁸³⁷.

$$\text{Ratio de diversion}_{A \rightarrow B} = \frac{\text{Ventes supplémentaires}_B}{\text{Ventes perdues}_A}$$

746 Par **exemple**, si en cas d'augmentation du prix d'un produit A d'une des parties à la concentration, 100 ventes du produit A sont perdues en raison de l'augmentation du prix et 60 sont récupérées par l'autre partie à la concentration sur la vente de son produit B, le ratio de diversion est de 60%.

747 **3° Le Gross Upward Pricing Pressure Index (GUPPI)**, soit la pression brute à la hausse sur les prix, est un indice déterminant la pression haussière sur les prix des produits de chacune des parties à la concentration, induite par l'opération, sans tenir compte de la pression baissière engendrée par les économies de coût marginal⁸³⁸. Il correspond à la valeur de diversion et se calcule

836 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 29 ; JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1121 ; WHISH/BAILEY, *Competition Law*, p. 889.

837 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 29 ; Affaire COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*, para. 443.

838 SALOP/MORESI, *Updating*, p. 19.

en multipliant le ratio de diversion du produit A (N 745) vers le produit B, par la marge réalisée sur le produit B⁸³⁹. Il peut s'exprimer en valeur monétaire lorsqu'il est calculé sur la marge réalisée en valeur monétaire, ou en pour cent s'il est calculé sur la marge réalisée en pour cent.

$$GUPPI = \text{Ratio de diversion}_{A \rightarrow B} * \text{Marge}_B$$

En reprenant l'**exemple précédent** (N 746), si le produit B génère une marge en valeur monétaire de EUR 10.- à la production, obtenue en soustrayant du prix de vente, le coût marginal de production, alors la valeur du ratio de diversion et de la marge est de EUR 6.- (60% × EUR 10.-). En indice, si la marge est de 10%, le GUPPI est de 6% (60% × 10%).

4° L'Upward Pricing Pressure (UPP), soit l'indice net de pression haussière sur les prix, vise à déterminer la pression sur les prix des produits de chacune des parties à la concentration, induite par l'opération. Plus les parties ont intérêt à élever leurs prix, plus l'indice est élevé⁸⁴⁰. L'indice est déterminé par la valeur des ventes détournées d'un produit A de l'une des parties vers un produit B commercialisé par l'autre, rapportée aux économies de coûts marginaux réalisés par l'entité résultante. En effet, les économies de coûts marginaux permettent de baisser les prix et ainsi d'augmenter les volumes de ventes, ce qui crée une pression baissière sur les prix. La valeur des ventes détournées correspond au ratio de diversion entre le produit A et le produit B, multiplié par la marge réalisée sur le produit B. Si la valeur des ventes détournées en cas d'augmentation du prix est plus grande que les économies de coûts marginaux réalisés par l'entité résultante, la pression haussière sur les prix est plus importante que la pression baissière et les prix risquent de monter⁸⁴¹.

$$UPP = \frac{\text{Ratio de diversion}_{A \rightarrow B} * \text{Marge}_B}{\text{Economies de coûts marginaux}}$$

En reprenant notre **exemple précédent** (N 748), le produit du ratio de diversion et de la marge est de 6%. En postulant que les économies de coût marginal réalisées par l'entité résultante sont de 5%, alors l'UPP est égal au quotient

839 **SALOP/MORESI**, *Updating*, p. 19.

840 Affaire COMP/M.6497, *Hutchison 3G Austria / Orange*; Affaire COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK / Telefonica Ireland*; Affaire COMP/M. 7018, *Telefonica Deutschland / E-Plus*; **FRIEDERISZICK/NITSCHKE/VANDIJK/VEROUDEN**, *Economic Applications*, p. 2; **WIET-HAUS/NITSCHKE**, *Upward Pricing Analysis*, p. 1.

841 **SALOP/MORESI**, *Updating*, p. 19.

de 6% sur 5% (1,2), est supérieur à 1 et il existe donc une pression haussière sur les prix car la pression haussière n'est pas compensée par la pression baissière et l'entité résultante peut profitablement augmenter son prix. Plus les marges réalisées avant la concentration sont importantes, plus le risque que l'UPP soit élevé est important⁸⁴². A l'inverse, plus les économies de coût marginal réalisées par la concentration sont importantes, plus la pression baissière est importante.

751 L'UPP n'est qu'un indice en vue de fournir un premier « crible » afin de déterminer si une concentration mérite une enquête approfondie⁸⁴³. Il ne permet pas une quantification exacte de la hausse des prix pouvant résulter de l'opération, mais il indique plutôt une **probabilité** que cette hausse survienne⁸⁴⁴.

752 **5° La simulation de la concentration.** Celle-ci tient compte, en plus de la pression haussière sur les prix des produits de l'entité résultante, de la réaction des autres concurrents du marché. La Commission la détermine en appliquant le ratio de diversion dont leur produit bénéficie en raison de l'augmentation des prix des produits des parties. On peut ainsi calculer le GUPPI (N 747) des autres participants du marché et déterminer le résultat sur l'intégralité du marché⁸⁴⁵.

753 En reprenant toujours l'**exemple précédent** (N 746), le ratio de diversion en faveur de B est de 60%. En postulant qu'un troisième concurrent proposant un produit C est actif sur le marché et que celui-ci bénéficie des 40% restant de la diversion, son GUPPI est le produit de ces 40% et de sa propre marge sur le produit C. En postulant que sa marge est de 8%, soit légèrement inférieure à celle du producteur du produit B qui était de 10% (N 748), le GUPPI du producteur du produit C est de 3.2% (40% * 8%). Ainsi le producteur de C est rationnellement intéressé à augmenter son prix de 3.2%, si l'entité résultante augmente effectivement le sien.

754 **L'inconvénient de ces tests quantitatifs** est de nécessiter un grand nombre d'informations précises du marché. Ces informations ne sont pas faciles à obtenir pour la Commission et elles doivent être déterminées précisément pour éviter des résultats trop approximatifs. Les tests doivent être

842 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 28; Affaire COMP/M.7932, *Dow/Dupont*, para. 74; FARRELL/SHAPIRO, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers*, p. 26.

843 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 257.

844 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 267.

845 Affaire COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK/Telefonica UK*, Annexe A, para. 32; Affaire COMP/M.7421, *Orange/Jazztel*, Annexe A, para. 2.

principalement utilisés comme des outils de détection d'une concentration potentiellement problématique pour déterminer l'opportunité d'examiner la concentration de manière approfondie. La Commission peut s'en servir pour déterminer avec précision les effets anticoncurrentiels que la concentration peut engendrer, lorsqu'ils sont plus élaborés qu'un simple UPP et notamment lorsqu'ils tiennent compte de la réaction probable des concurrents à une augmentation unilatérale des prix par l'entité issue de la concentration⁸⁴⁶.

Les tests quantitatifs présentent en revanche l'**avantage** de ne pas dépendre d'une définition précise du marché⁸⁴⁷. En effet, mesurer à quel point deux produits sont substituables, respectivement à quel point les parties sont de proches concurrents peut se déterminer sur n'importe quelle entité du marché et pas nécessairement en lien avec des entreprises identifiées comme faisant partie du même marché.

La Commission, si elle ne dispose pas de données lui permettant de conduire des analyses quantitatives, peut recourir à des questionnaires et des **données qualitatives** pour déterminer si les produits des parties sont considérés par les consommateurs comme leurs premiers et deuxièmes choix. Le cas échéant, le producteur d'un produit ne peut augmenter son prix sans induire une variation de la demande sur l'autre produit⁸⁴⁸.

Sur **les marchés fonctionnant par appel d'offres**, la Commission recherche si, par le passé, les offres présentées par les parties à la concentration ont subi une pression concurrentielle du fait de la soumission d'offres de l'autre partie à la concentration⁸⁴⁹.

(iv) *La possibilité limitée de changer de fournisseur*

Des effets non coordonnés se produisent plus facilement si les clients des parties à la concentration rencontrent des difficultés pour changer de fournisseur en raison du **faible nombre de concurrents ou de l'importance des coûts de report**⁸⁵⁰. La concentration peut influencer négativement la liberté des clients de s'approvisionner chez plusieurs fournisseurs pour obtenir

846 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 258; Affaire COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK / Telefonica UK*, Annexe A, para. 253-254.

847 **FARRELL/SHAPIRO**, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers*, p. 29.

848 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 29; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-180.

849 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 29; Affaire COMP/M.8677, *Siemens/Alstom*, para. 860; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.34.

850 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 31; Affaire COMP/M.5907, *Votorantim/Fischer*, para. 164; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.235; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1128; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.37; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 156, p. 128.

des prix compétitifs. Il en va ainsi notamment si le client a pour pratique d'acquérir ses produits chez les deux parties à la concentration. Par leur concentration, les parties priveront leur client d'une possibilité de s'approvisionner auprès de deux fournisseurs différents⁸⁵¹.

759 Afin de réunir des **informations sur la possibilité** de changer de fournisseur offerte aux clients, la Commission recherche notamment les changements de fournisseurs effectués par les clients par le passé⁸⁵² ; la capacité des concurrents de satisfaire la demande des clients⁸⁵³ ; les coûts du changement de fournisseur⁸⁵⁴ ; les entraves techniques au changement⁸⁵⁵ de même que la sensibilité des clients aux hausses de prix en terme de choix de fournisseur⁸⁵⁶.

(v) *La difficulté des concurrents d'augmenter leur production*

760 Les conditions du marché peuvent être telles que les concurrents ne sont **pas en mesure d'augmenter leur production** si les prix augmentent⁸⁵⁷. Ainsi, l'entité résultante peut utiliser cette situation à son avantage en réduisant sa production au-dessous du volume produit avant la concentration, raréfiant ainsi l'offre et créant par conséquent une augmentation des prix⁸⁵⁸. En fusionnant, les parties se dotent d'une base de clientèle plus large, à laquelle s'applique une marge bénéficiaire plus importante du fait de la hausse des prix induite par la réduction de la production⁸⁵⁹.

761 Les difficultés des concurrents à augmenter leur production peuvent également se mesurer en estimant **le temps nécessaire** à la construction de nouveaux sites de production, à l'obtention d'autorisations éventuelles, ou aux délais de livraison de la matière première⁸⁶⁰.

851 **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-182.

852 Affaire COMP/M.4297, *Google/DoubleClick*, para. 210.

853 Affaire COMP/M.3216, *Oracle/Peoplesoft*, para. 189-190.

854 Affaire COMP/M.3014, *Logica/CMG*, para. 24.

855 Affaire IV/M.468, *Siemens/Italtel*, para. 26-27.

856 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 31 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.129 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 156, p. 128.

857 **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1128.

858 Affaire COMP/M.4525, *Kronospan/Constantina*, para. 59 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.38.

859 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 32 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.130 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-189 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 159, p. 129.

860 Affaire COMP/M.4525, *Kronospan/Constantina*, para. 61.

L'augmentation de la production des concurrents est improbable lorsque celle-ci est **coûteuse** ou lorsque l'utilisation de la capacité additionnelle à disposition génère des coûts beaucoup plus importants que la capacité actuelle⁸⁶¹.

A l'inverse, si les concurrents disposent de suffisamment de **marge de manœuvre pour augmenter leur production**, il est moins probable que la Commission considère la concentration comme entravant de manière significative la concurrence effective⁸⁶².

(vi) *La capacité des parties de freiner l'expansion des concurrents*

Les parties peuvent jouir d'une position sur le marché telle que leur concentration leur donne le pouvoir d'**entraver les développements** de leurs concurrents, soit en raison du pouvoir qu'elles sont à même d'exercer sur l'offre des ressources nécessaires à la production ou sur les possibilités de distribution, soit en raison du contrôle qu'elles exercent sur des brevets ou des marques⁸⁶³, ou soit encore en raison de leur capacité à acquérir les nouveaux concurrents innovants⁸⁶⁴.

La Commission cherche à anticiper si le marché et la position des entités à la concentration, peut leur permettre de **freiner l'expansion des concurrents une fois la concentration réalisée**. Elle examine en particulier si les parties sont titulaires de droits de propriété intellectuelle sur des technologies qu'elles seraient en mesure d'exploiter pour les imposer au marché en retardant ou en bloquant les développements technologiques de leurs concurrents⁸⁶⁵.

Dans l'**affaire Nokia/Siemens**, les concurrents des entités parties à la concentration ont affirmé que l'entité résultante aurait un pouvoir de marché suffisamment important pour imposer sa connectique comme standard et en bloquer ensuite le développement futur⁸⁶⁶.

861 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 34; Affaire COMP/M.4525, *Kronospan/Constantina*, para. 60-61.

862 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 33; JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1128; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 163, p. 130.

863 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 36; Affaire T-282/06 *sun Chemical c. Commission*, II-02149, 2007; Affaire COMP/M.1671, *Dow Chemicals / Union Carbide*, para. 114; BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, n° 8.235.

864 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1130; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 7.41; MONTAG / VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-206.

865 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 36; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 3.131 et 7.40; MONTAG / VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-197; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 165, p. 131.

866 Affaire COMP/M.4297, *Nokia/Siemens*, para. 107.

767 Dans l'examen de la capacité de l'entité résultante à freiner l'expansion des concurrents, la Commission peut, entre autres, tenir compte de la **puissance financière** de l'entité par rapport à ses concurrents⁸⁶⁷.

(vii) *L'élimination d'un important moteur de la concurrence*

768 Lorsqu'une partie à la concentration est une entreprise ayant un **rôle plus important dans le jeu de la concurrence** que ne le laisseraient supposer ses parts de marché ou tout autre indicateur, l'opération à laquelle elle est partie peut modifier la dynamique de la concurrence de manière significative. Une telle entreprise récemment entrée sur le marché peut, à l'avenir, exercer une forte pression concurrentielle sur les autres acteurs du marché⁸⁶⁸.

769 Sur les marchés où l'**innovation** est un important moteur de la concurrence, une opération de concentration peut accroître la capacité et l'incitation des entreprises à apporter de nouvelles innovations et rehausser la pression concurrentielle sur les rivales. À l'inverse, la concurrence effective peut être entravée si deux entreprises développant le même produit fusionnent ou si une entreprise particulièrement innovante et à même de constituer un important moteur de la concurrence si ses produits en cours de développement sont prometteurs est acquise. Dans un tel cas, la concentration peut entraver la concurrence même si les parts de marché de ces entreprises sont faibles⁸⁶⁹.

770 Dans l'**affaire CK Telecoms UK c. Commission**, le Tribunal a précisé que lorsque la DG Concurrence évalue une concentration impliquant un « important moteur de la concurrence », elle doit démontrer que l'entreprise acquise se **distingue de ses concurrents** en termes d'impact sur la concurrence⁸⁷⁰. La simple baisse de la pression concurrentielle qui résulterait de la disparition d'une entreprise ayant un rôle plus important que ses parts de marché ne le laisseraient entendre ne suffit pas à prouver une entrave significative à une concurrence effective⁸⁷¹.

867 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 36.

868 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 37 ; **KILLICK/SCHULZ**, *Horizontal and Vertical*, p. 461 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.132 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-206 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 167, p. 131.

869 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 38.

870 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 174.

871 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 171.

3. Les effets coordonnés

a. Remarques générales

Les effets coordonnés⁸⁷², ou dominance collective (N 313)⁸⁷³, se définissent 771
comme le résultat d'une adoption d'un comportement de dominance collec-
tive par les acteurs d'un marché qui, « prenant conscience des intérêts com-
muns, [...] considèrent possible, économiquement rationnel et donc préfé-
rable **d'adopter durablement une même ligne d'action** sur le marché
dans le but de vendre au-dessus des prix concurrentiels, [même] sans devoir
procéder à la conclusion d'un accord ou recourir à une pratique concertée au
sens de l'art. [101 TFUE] et ce sans que les concurrents actuels ou potentiels,
ou encore les clients et les consommateurs, puissent réagir de manière effec-
tive »⁸⁷⁴. « Même » a été ajouté dans la citation alors qu'il ne figure pas dans le
texte en français, il est néanmoins utilisé dans la version anglaise des Lignes
directrices (« *even without* ») pour indiquer que le comportement coordonné
comprend la conclusion d'un accord et va au-delà⁸⁷⁵.

Les effets coordonnés ne sont mentionnés ni dans l'art. 2 para. 2 ni dans 772
l'art. 2 para. 3 du Règlement 139/2004. La jurisprudence de la Cour et la pra-
tique de la Commission ont explicitement reconnu que **l'art. 2 du Règle-
ment 139/2004** comprend également les effets résultant de la création ou du
renforcement d'une position dominante collective⁸⁷⁶.

Une opération de concentration sur un marché concentré peut entraver 773
de manière significative la concurrence effective du fait de la création ou du
renforcement d'une position dominante collective, parce qu'elle augmente
la probabilité que les entreprises soient en mesure de coordonner leur compor-
tement. Une telle opération peut **faciliter l'émergence d'une coordination**,

872 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 22; JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1116.

873 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 8.01; PRÜMMER, DIKE-KG, art. 10 LCart n° 101.

874 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 39; Affaire T-342/99, *Airtours c. Commission*, para. 61; BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, n° 8.240; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 8.06; MONTAG/VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-211.

875 DELAMANO, *Coordinated Effects*, p. 2.

876 Affaire C-68/94 et C-30-95, *French Republic et Société commerciale des potasses et de l'azote c. Commission*, para. 152-178; Affaire T-342/99, *Airtours c. Commission*, para. 58-63; Affaire T-102/96, *Glencore c. Commission*, para. 151-156; MONTAG/VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-209; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 180, p. 134.

ou la stabiliser ou la rendre plus efficace, soit en confortant la coordination préexistante, soit en permettant aux entreprises de se coordonner sur des prix encore plus élevés⁸⁷⁷.

774 Les acteurs du marché peuvent s'**entendre** notamment sur le maintien de prix plus élevés que ceux correspondant à un marché concurrentiel ou la limitation de la production ou de la quantité de nouvelles capacités mises sur le marché, ou en restreignant la qualité des produits ou l'innovation. Les entreprises peuvent également coordonner leur comportement en se répartissant géographiquement le marché, la clientèle ou en se partageant les marchés sur des marchés soumis à enchères⁸⁷⁸.

b. Les critères du test

775 Pour estimer le **risque de la survenance** d'effets coordonnés, la Commission examine si :

- le **marché est propice** à la survenance d'une coordination (i.) ;
- le marché est suffisamment transparent pour que les entités sur le marché puissent efficacement se **surveiller** mutuellement (ii.) ;
- les entités sur le marché disposent de **mécanismes de dissuasion** suffisamment efficaces et pouvant être mis en œuvre suffisamment rapidement pour réprimer un comportement déviant d'une partie à la coordination (iii.) ;
- les entités qui ne prennent pas part à la coordination sont à même de **compromettre les résultats attendus de la coordination** (iv.)⁸⁷⁹.

776 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant générer des effets coordonnés comme un test **de type D** (N 321).

(i) *La possibilité d'atteindre une coordination*

777 La Commission tient d'abord compte, dans son évaluation de la probabilité d'effets coordonnés, de la structure des marchés et du comportement passé des entreprises⁸⁸⁰. Il est plus probable que des effets coordonnés apparaissent

877 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 39 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.135 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 183, p. 135.

878 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 40 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 179, p. 134.

879 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 41 et 42 ; CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 219 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.241 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1131.

880 Affaire IV/M.190, *Nestlé/Perrier*, para. 117 et 118.

sur des marchés où les parties peuvent parvenir aisément à une **compréhension mutuelle des modalités de la coordination**. Celle-ci allant au-delà d'une pratique concertée au sens de l'art. 101 TFUE, les participants doivent également pouvoir se comprendre sans passer un accord⁸⁸¹.

La Commission recherche des preuves d'une **coordination passée** sur le même marché ou sur des marchés similaires, si les conditions du marché n'ont pas subi de modification notable ni ne sont susceptibles d'évoluer sensiblement dans un proche avenir⁸⁸². 778

En général, plus l'environnement économique est simple et stable, plus le marché sera susceptible de voir des entreprises parvenir à une coordination⁸⁸³. En particulier la Commission recherche des **facteurs favorisant l'émergence d'une coordination**, notamment : le faible nombre d'acteurs sur le marché ; une homogénéité élevée des produits ; un niveau stable de l'offre et de la demande ; une faible croissance ou innovation sur le marché ; une définition claire de la clientèle qui facilite la répartition du marché ; un volume régulier de transactions ; des tarifs de fournisseurs connus par tous les acteurs ; des échanges d'informations ; des liens structurels, tels que des participations croisées entre les acteurs du marché ou encore un parallélisme structurel entre les acteurs du marché en terme de taille, de parts de marché, de structure des coûts, de capacité, etc⁸⁸⁴. 779

(ii) *La surveillance des comportements déviants*

La Commission évalue aussi la transparence du marché⁸⁸⁵. Les entreprises qui coordonnent leur comportement doivent être en mesure de **surveiller** leurs concurrents afin de s'assurer que les modalités de celle-ci sont respectées. Lorsque le marché est moins transparent, l'une ou l'autre des entreprises partie peut plus facilement tromper ses partenaires en modifiant ses prix afin de court-circuiter la concurrence et gagner des parts de marché ou augmenter le volume de ses ventes⁸⁸⁶. 780

881 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.243.

882 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 43 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.243 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-235.

883 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 45 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-232 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 189, p.137.

884 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 45 et 51 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Kollektive*, p. 355 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 189, p.137 et réf. citées.

885 CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 219.

886 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 47 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 196, p.139.

- 781 Les **facteurs** suivants favorisent la transparence du marché : la publicité des listes de prix et des conditions de vente des acteurs ; la simplicité des structures de prix ; l'homogénéité des produits ; l'existence de relations entre des entreprises sur de multiples marchés ; la soumission des marchés à des appels d'offres ; le parallélisme structurel que présentent les acteurs du marché ; la régularité du volume de transactions ou la publicité de celles-ci⁸⁸⁷.

(iii) *Les mécanismes de dissuasion*

- 782 La Commission considère également la capacité des parties à **imposer une discipline** aux autres entreprises participant à la coordination en cas de comportement déviant d'une d'entre elles. Les membres de la coordination doivent être en mesure de sanctionner un comportement déviant⁸⁸⁸.
- 783 Les sanctions doivent être à la fois **rapides et certaines**⁸⁸⁹ : rapides pour éviter à l'entreprise déviante de réaliser un profit en termes de volumes de vente ou de parts de marché et certaines pour que les « traîtres » sachent que leur comportement déviant sera puni par les autres, sans doute possible⁸⁹⁰.
- 784 **La sanction** imposée par les autres concurrents peut consister en une tentative agressive de reprendre des parts de marché à l'entreprise déviante, ou la suspension ou l'abandon de joint-ventures ou de relations commerciales⁸⁹¹.

(iv) *La réaction des outsiders*

- 785 Enfin les **réactions de tiers qui ne participent pas à la coordination** – les autres concurrents, actuels ou futurs, les cocontractants ainsi que les consommateurs – ne doivent pas mettre en péril les résultats attendus de la coordination. Si des tiers sont à même d'entraver la coordination, la Commission peut en déduire que la concentration ne génère pas d'effets horizontaux coordonnés⁸⁹².

887 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.244 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-237 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 198, p. 139-140.

888 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 49 ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, art. 4 al. 2 LCart n° 219 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.246.

889 **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-248 et 5-4-249 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 203 et 205, p. 141.

890 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 52 et 53.

891 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 55 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 208, p. 142.

892 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 56 ; CR Concurrence-CLERC/KËLLEZI, art. 4 al. 2 LCart n° 219 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.247 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-252.

Si l'un des acteurs du marché est **un franc-tireur** et qu'il a des ambitions de 786
gagner des parts de marché, il est fort probable qu'il ne se conformera pas à
une coordination. La seule présence d'un franc-tireur peut suffire à exclure
le développement d'effets anticoncurrentiels coordonnés⁸⁹³. A l'inverse, une
concentration à laquelle un franc-tireur est partie est davantage susceptible
de favoriser l'émergence d'effets coordonnés⁸⁹⁴.

4. Conclusions intermédiaires

La **majorité** des concentrations examinées par la DG Concurrence sont ho- 787
rizontales (N 714).

Une concentration horizontale peut conduire à des **effets non coordon-** 788
nés, c'est-à-dire lorsque l'entité résultante peut se comporter de manière
essentiellement indépendante de ses concurrents (N 715). Dans un tel cas, la
Commission examine une série de critères lui permettant d'évaluer les risques
que la concentration fait peser sur la concurrence (N 720).

Parmi ces critères, la DG Concurrence étudie si la concentration pro- 789
voque des **effets unilatéraux** (N 740). Pour évaluer ceux-ci, elle recourt à des
tests économétriques, soit des tests statistiques basés sur des données éco-
nomiques, qui lui permettent de quantifier la pression concurrentielle subie
par les entreprises sur le marché. Nous avons décrit les tests évoqués dans les
bases légales ou dans la doctrine, **sous forme de fonctions mathématiques**,
pour en permettre une utilisation la plus aisée possible (N 743).

L'autorité appréhende **les effets coordonnés** de la concentration, soit 790
ceux qui peuvent émerger lorsque l'entité résultante est active sur un marché
où les participants peuvent se coordonner durablement, se surveiller mu-
tuellement et sanctionner tout comportement contrevenant à la coordina-
tion (N 775).

B. Dans les concentrations verticales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés 791
par la Commission selon que la concentration verticale génère des effets non
coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous formulons ensuite des
conclusions intermédiaires (4.).

893 Affaire COMP/M.4963, *Rexel/Hagemeyer*, para. 73.

894 **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-254 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 210, p. 142.

1. Remarques générales

792 Les effets verticaux sont des effets anticoncurrentiels générés par une concentration entre des sociétés opérant sur **différents marchés directement en amont ou en aval l'un de l'autre**⁸⁹⁵. Une concentration entre de telles sociétés est qualifiée de concentration verticale (N 348)⁸⁹⁶. Les entreprises recourent à ce type de concentration pour assurer des relations de vente, de distribution ou de marketing et de créer des canaux d'approvisionnement ou de distribution⁸⁹⁷.

793 Ces concentrations sont généralement moins susceptibles d'entraver la concurrence que les concentrations horizontales (N 713), en raison notamment du fait qu'elles ne conduisent pas à l'élimination de concurrents directs sur le même marché⁸⁹⁸. De plus, les concentrations verticales permettent souvent des **gains d'efficacité** considérables, favorisant ainsi la concurrence⁸⁹⁹.

794 Il est peu probable que la Commission conclue au risque d'émergence d'effets anticoncurrentiels coordonnés ou non coordonnés dans une concentration verticale, lorsque l'entité résultante de la concentration détient des **parts de marché** de moins de 30% dans chacun des marchés pertinents et que **l'IIH** (N 282) à l'issue de l'opération est inférieur à 2000 sur chacun des marchés également⁹⁰⁰.

795 Néanmoins la Commission pourra exceptionnellement mener un examen approfondi en cas de concentration de ce type si l'un ou plusieurs des **facteurs suivants** est présent :

- l'une des sociétés partie à la concentration est susceptible de croître de manière significative dans un proche avenir notamment en raison de son **caractère innovant** ;
- il existe de manière significative des **participations croisées** ou des mandats d'administrateurs croisés entre les entreprises présentes sur le marché ;

895 **HILDEBRAND**, *Vertical Agreements*, p. 3 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.198.

896 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 4 et 5.

897 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 240, p. 149.

898 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 12 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.250.

899 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 13 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.164.

900 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 25 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1154 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 237, p. 149.

- l’une des parties à la concentration serait à même de faire échouer la coordination par son comportement de **franc-tireur** ;
- les marchés présentent des indices de l’existence d’une **coordination passée ou présente**⁹⁰¹.

Lors de son examen, la Commission **compare les conditions de la concurrence** telles qu’elles résulteraient de l’opération de concentration, avec celles que connaîtrait le marché si l’opération n’avait pas lieu. La Commission peut également tenir compte de l’évolution future du marché qui est raisonnablement prévisible⁹⁰². 796

Les concentrations verticales peuvent entraver de manière significative la concurrence effective de **deux manières principales** : les effets non coordonnés ou coordonnés⁹⁰³. 797

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

Une concentration verticale peut engendrer des effets anticoncurrentiels non coordonnés lorsqu’elle entraîne **un verrouillage du marché** entravant l’efficacité des concurrents des entreprises parties à l’opération⁹⁰⁴. Verrouiller le marché par la restriction d’accès à des produits ou à la clientèle, peut permettre aux parties à la concentration **d’augmenter profitablement les prix facturés aux clients** avec pour conséquence une entrave significative à la concurrence effective⁹⁰⁵. 798

b. Les critères du test

L’entité intégrée verticalement est à même, en particulier si elle détient une position dominante sur le marché en amont ou en aval de la chaîne de distribution, de **verrouiller l’accès** de ses concurrents aux intrants ou aux clients (i.) ou engendrer **d’autres effets anticoncurrentiels** (ii.). 799

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant générer des effets non coordonnés comme un test **de type B** (N 362). 800

901 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 26 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 242, p. 150.

902 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 20.

903 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 17-19.

904 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 245, p. 150.

905 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 29.

(i) *Le verrouillage du marché*

801 Le verrouillage du marché consiste en la création d'une relation commerciale exclusive entre un fournisseur d'intrants, situé sur le marché amont et son client, situé sur le marché aval. Les parties peuvent **verrouiller l'accès** des clients situés sur le marché aval aux intrants, ou verrouiller l'accès des fournisseurs situés sur le marché amont, aux clients.

802 **Le verrouillage du marché des intrants** décrit la situation dans laquelle l'entité issue de la concentration se trouve en mesure d'empêcher les concurrents du marché aval d'avoir accès à des produits ou des services qu'elle aurait fournis si la concentration n'avait pas eu lieu⁹⁰⁶. C'est en particulier le cas lorsque la nouvelle entité est en mesure d'augmenter ses prix pour les concurrents situés en aval, ou de rendre plus difficile l'approvisionnement en intrants à ceux-ci notamment en réduisant les quantités⁹⁰⁷. Si la concentration n'avait pas eu lieu, les conditions seraient restées les mêmes pour les concurrents, qui n'auraient pas à faire face à des coûts d'approvisionnement plus élevés.

803 **Le verrouillage de l'accès aux clients** apparaît lorsqu'un fournisseur intègre un client important situé sur un marché aval, empêchant ainsi les concurrents actuels ou potentiels situés sur le marché amont, d'accéder à ce client⁹⁰⁸. L'entité issue de la concentration peut alors augmenter les coûts des concurrents situés en amont en rendant plus difficile pour ces derniers la distribution des intrants aux clients, réduisant les quantités et augmentant le coût de production à l'unité⁹⁰⁹.

804 Pour que le verrouillage du marché des intrants ou des clients conduise à un préjudice pour les consommateurs, l'augmentation du coût des intrants doit entraîner un **accroissement des prix finaux**. Si l'opération produit des gains d'efficacité induisant une plus forte concurrence et une réduction des prix finaux, les consommateurs ne subissent aucun préjudice⁹¹⁰.

906 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 31 ; **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 392.

907 **BOYCE/LYLE-SMYTHER**, *Merger Control*, n° 8.254 ; **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 386 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1154 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-341 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 248, p. 151 ; **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 363.

908 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 30 et 58 ; **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 430 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1154 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.199 et 9.57 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 245, p. 150.

909 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 58 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHER**, *Merger Control*, n° 8.255 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 300, p. 166 ; **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 370.

910 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 31.

La Commission procède en **trois étapes** pour évaluer la probabilité qu'un verrouillage anticoncurrentiel du marché des intrants et clients ne se produise. La Commission va déterminer :

- la **capacité** de l'entité issue de la concentration de verrouiller l'accès aux intrants ou aux clients de manière significative (1°) ;
- l'**opportunité** pour l'entité de verrouiller le marché des clients et des intrants (2°) ;
- le **résultat** sur la concurrence qu'aurait un tel verrouillage (3°)⁹¹¹.

Malgré une formulation propre aux Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales (N 171), les critères examinés par la Commission qui y sont prévus **font écho** à ceux prévus par les Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales (N 167), en particulier dans l'examen des effets unilatéraux (N 740). Nous mettons en évidence ces similitudes dans l'examen des critères ci-dessous.

1° La capacité de verrouiller le marché. La Commission évalue la capacité de l'entité résultante de verrouiller l'accès aux intrants et aux clients⁹¹².

Premièrement, la Commission détermine si l'entité résultante de l'opération est en mesure de verrouiller l'accès aux **intrants** (N 365), par exemple en refusant de traiter avec ses concurrents existants ou potentiels ; en restreignant leur approvisionnement ; en augmentant les prix facturés aux concurrents ; en rendant les conditions d'approvisionnement moins favorables par rapport à celles prévalant avant la concentration ; en adoptant une nouvelle technologie au sein de sa chaîne de production incompatible avec les technologies utilisées par les concurrents ou encore en dégradant la qualité des intrants fournis aux concurrents⁹¹³.

La Commission doit d'abord déterminer si l'intrant dont l'approvisionnement serait verrouillé est **important pour le produit situé en aval**⁹¹⁴.

911 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 32 et 46 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.254 s ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.200, n° 9.45 et n° 9.57 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 250, p. 152 et n° 305, p. 167.

912 Affaire COMP/M.8677, *Alstom/Siemens*, para. 1239 ; **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 393, 432.

913 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 33 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, N3.201 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 248, p. 151.

914 **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 403 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 252, p. 152 ; Affaire COMP/M.4957, *Perstorp Holding/Solvay Interlox (Caprolactones business)*, para. 35.

C'est notamment le cas lorsque son coût représente une part significative du prix final du produit situé en aval, ou s'il est indispensable à la production du produit vendu effectivement sur le marché ; s'il permet particulièrement de différencier le produit final d'un autre produit ou encore si son coût de substitution par d'autres intrants est relativement élevé⁹¹⁵.

810 Elle évalue ensuite si la société intégrée verticalement dispose d'**un pouvoir de marché substantiel sur le marché situé en amont**⁹¹⁶, faute de quoi les concurrents sur le marché situé en aval pourront simplement s'approvisionner auprès de concurrents sur le marché amont. L'entité résultante doit pouvoir être en mesure d'exercer une influence négative sur la disponibilité des intrants sur le marché situé en aval en termes de prix ou de qualité. La Commission cherchera à déterminer si les concurrents du marché situé en amont disposent de suffisamment de possibilités d'augmenter leur capacité afin d'absorber la nouvelle demande⁹¹⁷.

811 La Commission examine enfin si, en réaction au verrouillage des intrants, les concurrents sur le marché situé en aval peuvent être en mesure d'**adapter leurs processus** de production pour s'affranchir de leur besoin des intrants concernés et ainsi éviter des effets anticoncurrentiels⁹¹⁸.

812 Deuxièmement, la Commission détermine si l'entité résultante est en mesure de verrouiller l'accès aux **clients** (N367). Un tel verrouillage peut avoir une incidence sur les concurrents situés en amont en rendant plus difficile l'accès à la clientèle située en aval. L'entité issue de la concentration peut décider de s'approvisionner intégralement auprès de sa division située en amont, privant ainsi les concurrents sur le marché situé en amont de commandes d'intrants⁹¹⁹.

813 Afin de déterminer si l'entité résultant de la concentration est en mesure de verrouiller le marché des clients, la Commission évalue d'abord si les concurrents actuels ou potentiels situés en amont disposent de suffisamment d'**autres clients ou d'autres possibilités d'utilisations de leurs**

915 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 34 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, N3.201.

916 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 35 ; **GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS**, *Economic Assessment*, p. 399 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 252, p. 153 ; Affaire COMP/M.5050, *Eaton/Moeller*, paras. 55-59.

917 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 36 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.201.

918 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 39 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 3.201 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 252, p. 153 ; Affaire COMP/M.4942, *Nokia/NAVTEQ*, para. 305.

919 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 60 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.58.

produits⁹²⁰, sur le marché situé en aval pour écouler leur production⁹²¹. Le **pouvoir de marché** de la société située en aval est un critère prédominant, indiquant si le verrouillage entraîne des conséquences négatives sur les prix des concurrents sur le marché situé en amont. Si la base de clients des concurrents actifs sur le marché amont est suffisamment étendue, il est peu probable que la concentration entrave de manière significative la concurrence effective⁹²².

La Commission examine ensuite si des **économies d'échelle ou d'envergure importantes** peuvent être réalisées sur le marché amont ou si la demande est caractérisée par des effets de réseau⁹²³. Le verrouillage de la clientèle est particulièrement propre à provoquer une hausse des prix sur le marché amont, entravant la concurrence actuelle ou potentielle⁹²⁴.

Les économies d'échelle ne provoquent donc pas nécessairement une baisse des prix et une augmentation de la concurrence. Au contraire, la réalisation de larges économies d'échelles par l'entité résultante de la concentration peut augmenter sa capacité financière et lui permettre de **maintenir des prix plus élevés** que ceux qui auraient pu être atteints si la concentration n'avait pas eu lieu, induisant ainsi une hausse des prix chez les concurrents⁹²⁵.

La Commission détermine enfin si les concurrents disposent de **contre-stratégies efficaces et rapides** pour empêcher les effets anticoncurrentiels. Les concurrents situés sur le **marché amont** peuvent par exemple être en mesure de pratiquer des prix plus agressifs afin de maintenir leur niveau de ventes et atténuer l'effet du verrouillage⁹²⁶.

Comme nous l'avons indiqué (N 806), bien que les Lignes directrices concernant les concentrations non horizontales ne le mentionnent pas, il nous paraît possible de déterminer la capacité des parties à verrouiller le

920 Affaire COMP/M.5238, *Ineos/BASF Assets*, para. 3.

921 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 61.

922 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 61; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.59; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 312, p. 168.

923 Les effets de réseau génèrent une augmentation de la valeur d'un produit en fonction du nombre d'utilisateurs qui l'adoptent. C'est typiquement le cas des produits de communication.

924 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 62; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.59; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 310, p. 168.

925 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 64.

926 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 67; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.59; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 317, p. 169.

marché en calculant le **ratio de diversion** prévu par les Lignes directrices concernant les concentrations horizontales et permettant de mesurer le risque d'effets unilatéraux (N 745). En effet, si en verrouillant le marché des intrants (N 808), l'entité résultante constate qu'elle ne réalise aucune vente supplémentaire par rapport aux ventes perdues par sa concurrente victime du verrouillage sur le marché aval, c'est qu'elle n'a pas la capacité de verrouiller le marché. Cela démontre justement soit que l'intrant n'est pas assez important (N 809), soit que la société en amont n'a pas un pouvoir de marché suffisant (N 810), ou encore que les concurrents en aval peuvent adapter leur production (N 811). Ce critère de la capacité de l'entité résultante de verrouiller le marché peut donc être vérifié par un test identique à celui utilisé dans l'examen des concentrations horizontales (N 720).

818 **2° L'opportunité** de verrouiller l'accès. La Commission, afin d'évaluer le risque d'atteinte à la concurrence efficace du verrouillage de l'accès aux intrants ou aux clients, doit déterminer si une telle opération est profitable pour les entreprises parties à l'opération⁹²⁷.

819 Dans l'éventualité d'un verrouillage de l'accès aux **intrants** : les parties à la concentration, pour déterminer l'opportunité de verrouiller l'accès aux intrants, doivent procéder à un calcul de rentabilité mettant en opposition d'un côté le manque à gagner de l'entité située sur le marché amont dû à la limitation à un seul client et de l'autre côté le bénéfice de l'entité sur le marché aval, dû soit à l'expansion des ventes soit à la capacité d'augmenter les prix pour les consommateurs⁹²⁸.

820 L'opportunité, pour l'entité résultante, d'augmenter les coûts de ses concurrents dépend de la mesure dans laquelle la clientèle des concurrents évincés s'en **détournera** au profit de la division située en aval de la société intégrée⁹²⁹. Face à une augmentation des prix chez les concurrents sur le marché aval, une part de leur demande se dirigera vers l'entité résultante, qui proposera soit un plus grand volume, soit un prix plus avantageux⁹³⁰.

821 Dans le cas du verrouillage de l'accès aux **clients** : de la même manière que pour le verrouillage des intrants, les sociétés parties à la concentration doivent effectuer un calcul de rentabilité entre le coût éventuel du fait de cesser de se fournir auprès de concurrents situés en amont, d'une part, et les

927 Affaire COMP/M.8677, *Alstom/Siemens*, para. 1249 ; GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS, *Economic Assessment*, p. 409, 439 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.50.

928 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 40 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.50.

929 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.50.

930 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 42.

bénéfices qui peuvent en résulter, notamment en augmentant les prix sur les marchés situés en amont ou en aval, d'autre part⁹³¹.

Plus la société intégrée en amont est **performante** par rapport à ses concurrents, moins les coûts de la privation d'autre fournisseurs seront élevés pour la division active sur le marché aval. A l'inverse, si la société sur le marché amont est un faible concurrent, en termes de capacité ou de qualité des produits offerts, les coûts liés au verrouillage seront plus élevés⁹³².

Dans l'**affaire Philipps/Intermagnetics**, les parties ont notamment dû convaincre la Commission qu'un verrouillage de la clientèle ne leur était pas profitable et qu'au vu de la structure du marché, notamment des faibles volumes de vente des autres fournisseurs à l'entité située sur le marché aval, la perte de leurs concurrents était marginale⁹³³.

Afin d'apprécier le **risque de verrouillage** du marché tant du côté des intrants que des clients, la Commission prend en compte différents facteurs tels que la structure de l'entité issue de la concentration, le type de stratégie adopté sur le marché dans le passé ou le contenu de documents stratégiques internes, tels que des business plans⁹³⁴.

La Commission examine également l'analyse conduite par les entreprises concernées, de l'**illégalité** du verrouillage du marché. Elle détermine en particulier :

- la probabilité que le comportement **ait un caractère clairement ou très probablement illicite** ;
- la probabilité que ce comportement puisse être **détecté** ;
- les amendes qui pourraient être imposées et **sanctionner** ce comportement⁹³⁵.

Comme nous l'avons indiqué (N 806) et, à l'instar de ce qui vaut pour la détermination de la capacité de l'entité résultante de verrouiller le marché (N 817), l'opportunité de verrouiller le marché peut également se déterminer en appliquant les tests quantitatifs prévus pour le contrôle des concentrations horizontales (N 720). L'opportunité de verrouiller l'accès au marché est un **calcul économique** visant à déterminer si la valeur des ventes perdues par

931 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 68 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.60.

932 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 69.

933 Affaire COMP.M/4300, *Philipps/Intermagnetics*, para. 48.

934 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations non horizontales, para. 45 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.51.

935 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 46.

l'entité en amont en raison du verrouillage est compensée par la valeur des ventes détournées récupérées au concurrent victime du verrouillage, par l'entité sur le marché aval. Cette comparaison revient à calculer le ratio entre, d'une part, le produit du ratio de diversion et de la marge réalisée par l'entité B au détriment du concurrent C sur le marché aval et d'autre part, le produit de la marge et des ventes perdues par l'entité A sur le marché amont. La formule peut s'exprimer ainsi :

$$\text{Opportunité}_{AB} = \frac{\text{Ratio de diversion}_{C \rightarrow B} * \text{Marge}_B}{\text{Ventes perdues}_A * \text{Marge}_A}$$

827 A ce calcul, s'ajoute le fait que la marge de B peut encore augmenter du fait que l'entité résultante peut réaliser des **gains d'efficacité** en supprimant par exemple la double marginalisation, ou en profitant d'une augmentation du pouvoir de marché sur le marché aval, lui permettant d'augmenter les prix en raison de la baisse de l'offre.

828 Si le numérateur est supérieur au dénominateur, **l'opportunité est positive** et l'entité résultante a un intérêt à verrouiller le marché. Comme nous l'avons démontré pour le critère de la capacité à verrouiller le marché (N 817), le critère de l'opportunité de verrouiller le marché est donc parfaitement déterminable grâce à une variation des tests quantitatifs appliqués pour déterminer les risques d'effets unilatéraux dans les concentrations horizontales (N 743).

829 **3° L'effet** sur la concurrence. Le verrouillage doit avoir un impact sur la concurrence effective⁹³⁶.

830 Dans le cas d'un verrouillage de l'accès aux **intrants**, c'est en général sur le marché situé en aval que se produit l'effet sur la concurrence⁹³⁷.

831 Plus le nombre de rivaux privés d'accès au marché des intrants est élevé, plus la concentration est susceptible d'induire des effets anticoncurrentiels. De la même manière, plus l'entité victime du verrouillage du marché est un **concurrent proche** de la société verticalement intégrée, ou un concurrent particulièrement agressif, plus le verrouillage nuit à la concurrence⁹³⁸.

832 La concentration est susceptible d'entraver la concurrence en imposant des **barrières** à l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en refusant de

936 Affaire COMP/M.8677, *Alstom/Siemens*, para. 1256 ; GORE/LEWIS/LOFARO/DETHMERS, *Economic Assessment*, p. 428, 446.

937 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 47.

938 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 48 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.53.

leur fournir des produits⁹³⁹. Sans même effectivement verrouiller le marché mais en étant en mesure de le faire, l'entité résultante de la concentration entrave déjà la concurrence par le fait qu'elle peut dissuader de nouveaux acteurs d'entrer sur le marché. Les coûts sont en effet, dans ce dernier cas, plus élevés, car un concurrent potentiel devrait également entrer sur le marché situé en amont pour supporter efficacement la concurrence sur les deux marchés à la fois⁹⁴⁰.

Dans le cas du verrouillage de l'accès aux **clients** pour les concurrents actifs sur le marché amont, l'opération de concentration peut réduire leur capacité à demeurer compétitifs. Les concurrents situés sur le marché aval risquent par conséquent de devoir faire face à une hausse des coûts des intrants. L'entité issue de la concentration peut ainsi être en mesure d'augmenter ses prix ou de réduire sa production sur le marché situé en aval⁹⁴¹.

Lorsque la réduction de la concurrence en amont affecte une **part significative de la production** située en aval, l'opération de concentration est susceptible de provoquer une hausse importante du niveau des prix sur le marché situé en aval et, par conséquent, d'entraver de manière significative la concurrence effective⁹⁴².

Dans le cas d'un verrouillage des intrants ou des clients, la Commission tient compte des **gains d'efficacité** réalisés par les parties ainsi que des entrées potentielles de nouveaux concurrents. Ces facteurs de contrepoids dont tient compte l'autorité sont examinés plus bas (infra N 935 ss)⁹⁴³.

De la même manière que pour ce qui a trait à la détermination de la capacité de l'entité résultante de verrouiller le marché (N 817) et à l'opportunité de verrouiller le marché (N 826), l'impact du verrouillage sur la concurrence efficace peut se déterminer par un calcul prévu dans les Lignes directrices concernant les concentrations horizontales. En effet en calculant la **valeur des ventes détournées** (N 747) de l'entité victime du verrouillage et récupérées par l'entité résultante et en la rapportant à la valeur totale de ses ventes, on peut déterminer si les parties sont de proches concurrents (N 831).

939 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 49 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.53.

940 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 49.

941 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 72 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.61.

942 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 74.

943 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 50 - 52, 76 - 77 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.55.

(ii) *Le transfert d'informations sensibles du point de vue de la concurrence*

837 Outre le verrouillage du marché, les concentrations verticales peuvent provoquer d'autres effets non coordonnés, notamment grâce au **partage d'informations** que les sociétés parties à la concentration sont à même de mettre en place⁹⁴⁴.

838 L'une des sociétés partie à la concentration sur le marché situé en aval ou en amont peut détenir des informations sur ses concurrents, qui sont à même d'influencer des **décisions stratégiques** de l'autre partie à la concentration et potentiellement d'entraver la concurrence effective⁹⁴⁵.

839 Des informations sur la **politique de prix, sur les clients, les technologies ou les designs**, sont notamment des informations potentiellement pertinentes pour influencer des décisions de politique de concurrence de l'entité résultante de la concentration⁹⁴⁶.

3. Les effets coordonnés

a. Remarques générales

840 De la même manière que dans les concentrations horizontales (N773), la concentration verticale est susceptible de **changer la nature de la concurrence**⁹⁴⁷ et de permettre soit :

- une coordination aux entreprises qui **jusque-là ne coordonnaient pas leur comportement**, notamment en majorant leurs prix ou en portant atteinte d'une autre manière à la concurrence⁹⁴⁸ ; soit
- de faciliter, de stabiliser ou de rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui **coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération**⁹⁴⁹.

841 La coordination naît lorsque les entreprises, **sans devoir se concerter ou conclure un accord**, parviennent à identifier des objectifs communs en évitant mutuellement d'exercer des pressions concurrentielles. En conséquence,

944 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1159.

945 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 78 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.62 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 332, p. 172.

946 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 9.62 ; Affaire COMP/M.4854, *TomTom / Tele Atlas*, paras. 252.

947 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1159 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 335, p. 173.

948 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1159.

949 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 79 ; BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, n° 8.256.

les entreprises sont à même de trouver un **équilibre dans la pratique de prix plus élevés** que ceux permettant de maximiser les profits à court terme. Elles se surveillent mutuellement dans la pratique de ces prix et sont à même de mettre en œuvre des stratégies de dissuasion à l'encontre d'une entreprise qui tenterait de briser la coordination en baissant ses prix. Les effets coordonnés permettent aux entreprises participantes de réaliser des profits à long terme plus importants que les profits à court terme s'ils baissaient leurs prix dans une logique de concurrence⁹⁵⁰.

De manière générale, les effets coordonnés s'apprécient de la même manière dans les concentrations verticales que dans les concentrations horizontales (N 321). Nous pouvons renvoyer aux développements consacrés aux effets coordonnés dans les concentrations horizontales (N 771). Nous nous limitons ici à quelques remarques **spécifiques aux concentrations verticales**. 842

b. Les critères du test

La Commission examine les mêmes critères que dans l'examen des concentrations horizontales, à savoir si: 843

- la structure du **marché est propice** à la survenance d'une coordination (i.);
- le marché est **suffisamment transparent** pour que les sociétés parties à la coordination puissent efficacement se surveiller mutuellement (ii.);
- les parties à la concentration disposent de **mécanismes de dissuasion suffisamment efficaces** et pouvant être mis en œuvre suffisamment rapidement pour réprimer un comportement déviant d'une partie à la coordination (iii.);
- les entreprises qui ne prennent pas part à la coordination sont à même de **compromettre** les résultats attendus de la coordination (iv.)⁹⁵¹.

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant conduire à générer des effets coordonnés comme un test **de type D** (N 321). 844

(i) *La possibilité d'atteindre une coordination*

Les concentrations verticales permettent **plus facilement** que les concentrations horizontales, de parvenir à une compréhension mutuelle des modalités de la coordination⁹⁵². 845

950 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 80.

951 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 81; Affaire T-342/99, *Airtours c. Commission*, para. 62.

952 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 82.

846 En effet, comme déjà mentionné dans le cas des concentrations horizontales, plus le **nombre d'acteurs** sur le marché est faible, plus il est aisé de parvenir à une coordination (N 779)⁹⁵³. Or les concentrations verticales sont à même de verrouiller le marché des intrants ou des produits et par ce biais-là d'évincer certains concurrents du marché situé en amont ou en aval⁹⁵⁴. Le nombre de concurrents diminue et les possibilités de coordination augmentent.

847 Les concentrations verticales sont à même d'accroître le degré de **symétrie** entre les acteurs du marché, lorsqu'un nombre important d'entreprises présentent des structures d'intégration verticales similaires⁹⁵⁵, ce qui favorise la coordination. Elles permettent aussi de rehausser le degré de transparence du marché, facilitant ainsi la coordination entre les acteurs restants⁹⁵⁶.

848 A l'instar des concentrations horizontales (N 786), les concentrations verticales peuvent permettre **l'élimination d'un franc-tireur** qui n'entendait pas se soumettre à un comportement coordonné et qui aurait pu maintenir une concurrence agressive. La suppression d'un tel élément perturbant peut renforcer les chances de succès d'un comportement coordonné⁹⁵⁷.

(ii) *La surveillance des comportements déviants*

849 Afin de coordonner leur action, les entreprises doivent pouvoir se surveiller mutuellement (N 780). La démarche ne peut aboutir adéquatement que si le marché présente donc une certaine **transparence**⁹⁵⁸.

850 Les prix proposés aux consommateurs finaux, sur un marché de détail, sont généralement publics, mais ceux des intrants, sur le marché situé en amont, peuvent être confidentiels. L'intégration verticale peut conférer aux producteurs situés en amont **une connaissance des coûts et des prix finaux** et assurer ainsi une meilleure surveillance des comportements⁹⁵⁹.

851 Les concentrations verticales pouvant par ailleurs entraîner l'éviction des concurrents du marché par l'effet du verrouillage des intrants ou des

953 Voir plus haut, n° 149.

954 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 338, p. 173.

955 Affaire COMP/M.2389, *Shell/DEA*, et affaire COMP/M.2533, *BP/EON*; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.66; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 339, p. 173.

956 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 84; Affaire 27/76, *United Brands Co. Et United Brands Continentaal BV c. Commission*; Affaire IV/M.190, *Nestlé/Perrier*; Affaire IV/M.222, *Mannesman/Hoesch*.

957 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 85.

958 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 86.

959 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 86; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 340, p. 174.

clients, elles facilitent la **surveillance mutuelle** des comportements en raison du nombre d'acteurs réduit⁹⁶⁰.

(iii) *Les mécanismes de dissuasion*

Les entreprises intégrées verticalement peuvent dissuader efficacement tout comportement déviant visant à annihiler la coordination, permettant un contrôle encore plus fort sur les prix des deux marchés. Elles peuvent donc être dans la situation d'un fournisseur ou d'un client **crucial** pour un concurrent déviant⁹⁶¹.

(iv) *La réaction des outsiders*

La marge de manœuvre des outsiders pour déstabiliser la coordination détermine les chances que celle-ci soit durable. Les concentrations verticales permettent **de réduire cette marge de manœuvre** notamment en plaçant des obstacles à l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises ou en limitant leur capacité à faire face à la concurrence⁹⁶².

Les concentrations verticales peuvent par exemple entraîner la **suppression d'un concurrent** déviant par son éviction du marché des intrants ou des clients⁹⁶³.

4. **Conclusions intermédiaires**

Les **concentrations verticales** sont susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels **non coordonnés** (N 798) liés au verrouillage du marché (N 801) ou au transfert d'informations sensibles entre les parties à la concentration (N 837), **ou coordonnés** (N 840) en créant une structure de marché favorisant les comportements coordonnés entre concurrents sur le marché (N 840).

Nous constatons que, bien que les comportements anticoncurrentiels résultant d'une concentration verticale peuvent différer de ceux résultant d'une concentration horizontale, **les outils à disposition** des autorités de la concurrence pour prévoir les risques d'effets anticoncurrentiels sont les mêmes (N 836).

En reprenant les conditions examinées par la Commission pour déterminer le risque d'**effets coordonnés**, respectivement de verrouillage du marché (N 801), on remarque par exemple que, malgré une formulation diffé-

960 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 87.

961 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 88 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 341, p. 174.

962 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 89.

963 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 90 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 342, p. 174.

rente dans les Lignes directrices concernant les concentrations horizontales et celles concernant les concentrations non horizontales, celles-ci sont identiques et peuvent se vérifier en appliquant les tests économétriques mentionnés dans le contrôle des concentrations horizontales (N 743).

858 En appliquant les tests décrits pour détecter les **risques d'effets unilatéraux dans les concentrations horizontales** (N 740), soit un calcul du ratio de diversion ou en déterminant le GUPPI ou l'UPP pour les parties à la concentration et leurs concurrents, on peut déterminer si les parties à une concentration verticale ont la capacité (N 817) et l'opportunité de verrouiller le marché (N 826) et si un tel verrouillage a un effet sur la concurrence effective (N 836).

859 Il est étonnant que la Commission n'ait **pas uniformisé ces deux types d'examens** lors de l'adoption des Lignes directrices concernant les concentrations non horizontales de 2008 (N 171), lesquelles sont postérieures aux Lignes directrices concernant les concentrations horizontales de 2004 (N 167). Ce défaut d'uniformisation ne nous semble pourtant pas sans **conséquence**. En effet la doctrine traite l'examen des concentrations verticales selon la structure du test décrite dans les Lignes directrices y afférentes et la Commission suit ce modèle dans ses décisions. Il nous semble cependant qu'il n'existe pas de cas de verrouillage du marché dont on ne puisse mesurer le risque de survenance grâce à un calcul de ratio de diversion par le GUPPI (N 747), l'UPP (N 749) ou une simulation de la concentration en calculant le GUPPI des autres acteurs du marché (N 752).

860 Par conséquent, cette différence ne nous semble pas justifiée. À l'avenir, nous sommes d'avis que ces tests devraient faire l'objet d'une **uniformisation dans des Lignes directrices uniques**, ce qui aurait la vertu de simplifier la présentation en ne différenciant pas le test relatif au risque de verrouillage du marché des concentrations verticales et celui relatif aux effets unilatéraux des concentrations horizontales.

861 Sur le plan du but du droit de la concurrence, nous relevons que lorsque la Commission examine les **stratégies des parties** sur le marché par le passé ou des documents internes tels que des business plans (N 824), dans le cadre de l'examen de l'opportunité du verrouillage (N 818), elle recherche **l'intention des parties** qui motive l'opération de concentration. L'autorité s'affaire dans ce cas à déterminer si l'opération vise à promouvoir la concurrence, ou si elle vise à entraver significativement la concurrence effective, ce qui, en terme de but du droit de la concurrence, rappelle celui de la protection du processus concurrentiel (N 115).

862 En matière **d'effets coordonnés** (N 840), l'autorité applique un schéma de test similaire à celui qui vaut pour l'examen des effets coordonnés dans les concentrations horizontales (N 842).

C. Dans les concentrations conglomerales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par la Commission selon que la concentration conglomerale génère des effets non coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

Les concentrations conglomerales (N 406)⁹⁶⁴ sont peu susceptibles de poser des problèmes de concurrence⁹⁶⁵, la Commission examine néanmoins avec une attention particulière les concentrations entre entreprises actives sur des marchés étroitement liés, par exemple entre **fournisseurs de produits complémentaires**, ou de produits généralement achetés par la même clientèle pour le même usage final⁹⁶⁶.

L'approche des Lignes directrices de la Commission sur les concentrations non horizontales relative aux concentrations conglomerales vise à **intégrer la pratique des Tribunaux européens** dans les affaires *GE/Honeywell*⁹⁶⁷ et *Tetra Laval / Sidel*⁹⁶⁸ dans l'appréciation des risques de verrouillage du marché par l'utilisation d'effets de levier ou par le recours à des ventes liées ou groupées⁹⁶⁹.

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

Les Lignes directrices sur les concentrations non horizontales envisagent le **verrouillage du marché** par la concentration conglomerale comme un effet anticoncurrentiel non coordonné résultant d'une pratique soit de ventes liées, soit de ventes groupées⁹⁷⁰.

964 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 91; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.257.

965 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 92; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.257; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 343, p. 175.

966 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 91.

967 Affaire T-209 et 210/01, *GE/Honeywell c. Commission*.

968 Affaire T-5/02, *Tetra Laval c. Commission*.

969 **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1160; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 93; Affaire T-210/01, *General Electric / Commission*, para. 327, 362-363, 405.

970 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 93; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 345, p. 175.

b. Les critères du test

867 En marge du verrouillage du marché (i.), cette section aborde d'autres effets de conglomerat non appréhendés par les Lignes directrices pouvant être générés par une telle concentration. C'est le cas des effets de portefeuille (ii.), de la discipline tarifaire (iii.) et des effets de débordement (iv.).

868 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration conglomerale pouvant conduire à générer des effets non coordonnés comme un test **de type C** (N 417).

(i) *Le verrouillage du marché*

869 Le verrouillage du marché constitue le principal motif de préoccupation lié aux concentrations conglomerales. En utilisant la forte position dont elle jouit sur un marché, l'entité résultante de la concentration est en mesure d'exploiter, par un effet de levier, la forte position qu'elle occupe sur un marché, en recourant à des **transactions couplées**, à savoir des ventes liées ou des ventes groupées⁹⁷¹.

870 Par **ventes liées**, on entend les opérations par lesquelles un client acquérant un produit (le produit liant) est également tenu d'acquérir un autre produit du fournisseur (le produit lié). Le produit lié peut toujours être acquis séparément, tandis que le produit liant ne peut être acheté séparément⁹⁷². Les produits peuvent être liés par un lien conditionnel technologique, économique ou contractuel⁹⁷³.

871 Par **ventes groupées**, on entend des transactions par lesquelles les clients ne peuvent acquérir les produits qu'ensemble (la vente groupée pure), ou lorsqu'ils peuvent être acquis séparément mais la somme des prix de chacun des produits est supérieure au prix total résultant de la vente groupée (la vente groupée mixte)⁹⁷⁴.

872 Les ventes liées et groupées peuvent permettre de mettre de manière rentable à la disposition de leurs clients de meilleurs produits ou offres. Elles

971 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 93; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.260; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1165s; **METZLAFF/STAUBER**, *Merger Control*, n° 14.66; Les Lignes directrices sur le contrôle des concentrations non horizontales ne distinguent pas les deux concepts. L'un et l'autre sont fréquemment utilisés l'un pour l'autre par la doctrine. Voir **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 75.

972 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 97; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 78 et 80; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 351, p. 176-177.

973 **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 70 et 71.

974 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 96; **CARRON**, *Transactions couplées*, n° 78 et 80.

peuvent néanmoins **affaiblir** la capacité ou la motivation des concurrents actuels ou potentiels à faire face à la concurrence ou réduire la pression concurrentielle qui pèse sur l'entité issue de la concentration en lui permettant d'augmenter ses prix⁹⁷⁵.

Afin d'examiner les risques d'entrave à la concurrence effective d'une concentration conglomérale, la Commission examine, comme pour les concentrations horizontales et verticales, si l'entité résultant de la concentration a la capacité de verrouiller le marché (1°), si elle a un intérêt économique à verrouiller le marché (2°) et l'impact qu'aurait un tel verrouillage sur la concurrence effective (3°)⁹⁷⁶.

1° La capacité de verrouiller le marché. L'entité issue de la concentration peut verrouiller le marché en conditionnant ses ventes de manière à lier entre eux des produits commercialisés séparément sur des marchés différents⁹⁷⁷. Afin de pouvoir évincer efficacement ses concurrents, la société doit bénéficier d'un **pouvoir de marché** significatif sur au moins un des marchés pertinents⁹⁷⁸. Cela sera le cas si le produit vendu sur un marché est considéré par de nombreux clients comme particulièrement important et qu'il existe peu de substituts acceptables à ce produit⁹⁷⁹.

Pour que la concentration soit une source de préoccupation potentielle, l'entité issue de la concentration doit également distribuer les deux produits liés à une **large base commune de clients**⁹⁸⁰. Cela sera notamment le cas lorsque les deux produits sont complémentaires⁹⁸¹.

Les **habitudes des clients** constituent également un indice important à la Commission. Sur certains marchés, les clients n'ont aucunement l'habitude d'acquérir les produits simultanément, de sorte que l'autorité peut exclure qu'une vente liée conduise à un verrouillage du marché⁹⁸².

975 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 93.

976 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 94 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 355, p. 179.

977 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 95 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.258.

978 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 357, p. 179.

979 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 99.

980 **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1166 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 358, p. 180.

981 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 100 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1163 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 358, p. 180.

982 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 362, p. 181.

- 877 La Commission examine si les entreprises concurrentes sont en mesure de déployer rapidement et efficacement des **contre-stratégies** susceptibles d'empêcher un effet de verrouillage du marché. Les sociétés monoproductrices peuvent par exemple combiner leurs offres de manière à les rendre plus attractives pour leurs clients, ou pratiquer une politique de prix plus agressive pour maintenir leur part de marché⁹⁸³.
- 878 **2° L'opportunité** de verrouiller le marché. Afin de déterminer l'intérêt de l'entité résultante à verrouiller le marché, la Commission doit calculer le degré de **rentabilité** de la stratégie⁹⁸⁴. Elle doit déterminer s'il existe un équilibre entre le coût de mise en œuvre de la vente groupée et le bénéfice susceptible d'être généré par l'augmentation des parts de marché ou l'augmentation des prix sur le ou les marchés pertinents⁹⁸⁵.
- 879 Les ventes groupées ou liées peuvent occasionner des **pertes**, dans l'hypothèse où un nombre élevé de clients n'est pas intéressé par l'offre groupée, mais seulement par l'un des produits : les ventes de ce produit peuvent alors baisser significativement. Les clients qui n'achetaient qu'un seul des produits auprès d'une des sociétés partie à la concentration et l'autre auprès d'un autre fournisseur pourraient préférer une offre groupée d'un autre concurrent. Les clients peuvent également renoncer purement et simplement à l'achat, faisant ainsi baisser la demande antérieure à la concentration pour l'un des deux produits⁹⁸⁶.
- 880 Les ventes liées et groupées peuvent cependant aussi générer une augmentation des **bénéfices** par l'accroissement d'un pouvoir de marché sur le marché des produits liés ou protéger ce pouvoir sur le marché des produits liants ou combiner les deux pouvoirs de marché⁹⁸⁷.
- 881 **3° L'effet** sur la concurrence effective. La vente groupée ou liée **influence la concurrence** dans la mesure où, si elle est menée avec succès, elle tend à

983 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 103 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 375, p. 183.

984 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.258 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1166.

985 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 105 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.104 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 378, p. 183.

986 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 106 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.105 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 380, p. 183.

987 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 108 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.105.

diminuer les perspectives de vente des concurrents produisant un seul des produits liés⁹⁸⁸. La réduction des ventes des concurrents peut conduire à une difficulté accrue à faire face à la concurrence et garantir ainsi à l'entité issue de la concentration une augmentation de son pouvoir de marché sur le marché où est commercialisé le bien lié, ou maintenir ce pouvoir sur le marché propre au bien lié⁹⁸⁹.

La baisse des perspectives de vente sur les marchés où l'entité résultante de la concentration est active provoque une **dissuasion** des nouveaux entrants potentiels, particulièrement si l'entité utilise ses ventes sur le marché lié pour faire baisser les perspectives de vente sur le marché lié au-dessous du seuil de viabilité. La concentration peut également conduire à une augmentation des coûts d'entrée si les concurrents potentiels sont contraints d'envisager leur entrée sur tous les marchés liés plutôt qu'un seul. Elle peut enfin conduire à une baisse d'intérêt des concurrents de consentir des investissements en recherche et développement⁹⁹⁰.

Lorsqu'une partie suffisante des marchés pertinents est encore occupée par des entités monoproductrices, il est probable que la concentration n'entrave pas la concurrence d'une manière significative, si les clients peuvent **rediriger leurs achats** vers d'autres concurrents. De la même manière, si les concurrents ont la capacité et la motivation de développer leur production, les effets anticoncurrentiels seront amoindris⁹⁹¹.

(ii) Les effets de portefeuille

L'effet de portefeuille de produits, qu'ils soient complémentaires ou non, consiste en un avantage d'un fournisseur en raison du fait qu'il propose **un portefeuille de marques** ou qu'il dispose de larges parts de marché dans de nombreux marchés de produits⁹⁹².

988 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.258 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1166.

989 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 111 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.109 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 387, p. 185.

990 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 112 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.110 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 388, p. 185.

991 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 113 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.110 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 389, p. 185.

992 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, n° 14 ; Affaire T-114/02 *BaByliss c. Commission*, para. 343. ; Affaire COMP/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*, para. 40 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.259 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1167 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 402, p. 188.

- 885 La maîtrise, par l'entité issue de la concentration, d'un large portefeuille de marques ou de produits peut lui assurer un **pouvoir de marché** plus important que la somme des parts de marché de chacun des produits⁹⁹³. Elle lui donne également la possibilité d'adopter des mesures d'exclusion de concurrents⁹⁹⁴.
- 886 On dénombre, parmi les avantages à disposer d'un portefeuille important de produits, notamment :
- la **baisse des coûts de transaction pour les clients** pouvant acquérir un nombre important de produits différents auprès d'un seul fournisseur⁹⁹⁵,
 - la **dépendance accrue des clients**⁹⁹⁶,
 - des **économies d'échelles** dans l'acquisition, la production et la distribution⁹⁹⁷,
 - des **avantages commerciaux** dans l'établissement des prix, la planification du marketing et des promotions à l'échelle d'un portefeuille entier plutôt que sur un seul produit⁹⁹⁸.
- 887 Le lien entre l'accroissement du portefeuille de produits d'une entité et son pouvoir de marché est toutefois **difficile à établir** pour la Commission. L'autorité devra déterminer dans quelle mesure un plus large portefeuille de marques ou de produits est d'une importance décisive pour la qualité de la concurrence sur le marché ou non⁹⁹⁹.

(iii) *La discipline tarifaire*

- 888 La concentration de deux ou plusieurs entités conduit à un renforcement des **ressources financières** de l'entité résultante, lui conférant un pouvoir de discipliner la concurrence en matière de tarifs en imposant les siens. Cette nouvelle force peut avantager l'entité résultante sur le plan concurrentiel

993 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 404, p. 188 ; Affaire IV/M.938 *Guinness/Grand Metropolitan*, para. 183ss.

994 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.83 ; **SCHWALBE/ZIMMER**, *Law And Economics In European Merger Control*, p. 386.

995 Affaire COMP/M.2861 *Siemens/Drägerwerk/JV*, para. 149.

996 Affaire COMP/M.4688 *Nestle/Gerber*, para. 34.

997 Affaire IV/M.833 *The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S*, para. 68.

998 Affaire COMP/M.2544 *Masterfoods/Royal Canin*, para. 54 ; Affaire IV/M.938 *Guinness/Grand Metropolitan*, para 40 et 101.

999 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 407, p. 191 ; Affaire T-310/01 *Schneider Electric c. Commission*, para. 248.

notamment en lui assurant une puissance accrue en cas de guerre de prix et en recherche¹⁰⁰⁰. La position sur le marché de l'entreprise acquise est renforcée par le fait qu'elle bénéficie désormais de l'appui d'un acquéreur avec une importante force financière¹⁰⁰¹.

Lorsqu'elle examine les effets anticoncurrentiels d'un renforcement des ressources financières pas la concentration d'une entité, la Commission détermine **l'augmentation effective de sa capacité concurrentielle**. Il se peut en effet que la capacité financière ne soit d'aucun secours à l'entité résultant de la concentration¹⁰⁰². De plus, seul le renforcement de la capacité financière de l'entité résultante peut être de nature à favoriser sa position sur le marché, ce qui ne sera pas le cas si l'entreprise acquise dispose déjà de ressources importantes avant l'opération¹⁰⁰³.

Ce critère est **délaissé depuis plusieurs années** par la Commission en raison du fait qu'il est particulièrement difficile de démontrer de manière convaincante que l'entité issue de la concentration puisse exclure ses concurrents ou exploiter ses clients par un moyen autre que la simple concurrence. Les ressources financières peuvent certes permettre à une entité de maintenir des prix prédateurs plus longtemps qu'un concurrent moins riche, mais elles peuvent également permettre des investissements plus importants dans la recherche et le développement, l'innovation, l'accroissement de la capacité de production et d'autres mesures proconcurrentielles¹⁰⁰⁴.

La Commission a considéré plus récemment que **l'accroissement simple des ressources financières ne suffit pas à présumer d'une entrave à la concurrence effective**, mais qu'il convient de déterminer s'il en découle la création ou le renforcement d'une position dominante¹⁰⁰⁵.

(iv) Les effets de débordement (« spill-over »)

Le renforcement d'une position sur le marché peut résulter du fait qu'une partie **bénéficie d'un transfert de savoir-faire ou d'infrastructure de l'autre**

1000 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 410, p. 191 et 192.

1001 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 411, p. 192; Affaire IV/M.43, *Magneti Marelli/CEAC*, para. 16; IV/M.126, *Accor/Wagons Lits*, para. 25; Affaire IV/M.102, *TNT*, para. 49, Affaire COMP/M.2416, *Tetra Laval/Sidel*, para. 387; Affaire T-5/02, *Tetra Laval c. Commission*, para. 197; Affaire IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, para. 65; Affaire COMP/M.2220, *GE/Honeywell*, para. 348.

1002 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 415, p. 193.

1003 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 416, p. 193.

1004 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 418 et 419, p. 193.

1005 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 420, p. 194.

partie (« *spill-over effect* »). Un tel transfert est susceptible de se présenter sur un marché fortement innovant, lorsque les découvertes réalisées dans le développement d'un produit peuvent favoriser le développement d'un autre¹⁰⁰⁶.

893 Dans le cas de l'**affaire Boeing/McDonnell Douglas**, Boeing jouissait d'une position de force sur le marché de l'aviation commerciale et McDonnell Douglas, sur le marché de l'aviation militaire. La Commission a considéré que la position de Boeing serait renforcée par l'arrivée de connaissances spécifiques de McDonnell Douglas venues du marché militaire. L'argument était fondé sur l'éventualité d'un transfert de technologies du domaine militaire vers le marché civil¹⁰⁰⁷.

894 Dans son analyse du risque d'un effet de transfert, la Commission doit démontrer comment et dans quelle mesure le savoir-faire peut être transféré d'un domaine à un autre et, en particulier, comment la technologie et les ressources d'une entité sont exploitables par l'autre société. Les entreprises doivent avoir des domaines d'activité communs pour qu'un effet de transfert se réalise¹⁰⁰⁸.

3. Les effets coordonnés

895 Les concentrations conglomerates sont à même, dans certains cas, de faciliter la coordination sur les marchés. Les effets coordonnés sont **identiques** à ceux résultant de concentrations horizontales (N 771) et verticales (N 840). Les critères examinés sont donc essentiellement les mêmes, à savoir déterminer si une coordination est possible, si les parties peuvent se surveiller, sanctionner un comportement déviant et si les outsiders peuvent empêcher la coordination (N 775).

896 La diminution du nombre de concurrents induite par la concentration conglomerate est susceptible de rendre le marché **plus transparent** et ainsi peut favoriser un comportement coordonné. Les concurrents se retrouvent dans une position plus vulnérable et peuvent renoncer à contester la situation de coordination pour éviter de subir une hausse des prix sur le marché¹⁰⁰⁹.

897 La concentration conglomerate peut également renforcer l'efficacité des mécanismes disciplinaires à disposition de l'entité issue de la concentration, lui permettant d'imposer le respect des modalités de la coordination, grâce

1006 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 421, p. 194.

1007 Affaire IV/M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, para. 83; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 422, p. 194.

1008 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 423, p. 194.

1009 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 119 et 120; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1168; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 9.111; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 425, p. 194.

à un renforcement de l'interaction concurrentielle sur **plusieurs marchés à la fois**¹⁰¹⁰.

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration conglomérale pouvant conduire à des comportements coordonnés comme un test **de type D** (N 321). 898

4. Conclusions intermédiaires

La DG Concurrence examine des critères propres aux concentrations conglomérales en matière de comportements **non coordonnés** déployés grâce au fait que l'entité résultante est active sur plusieurs marchés à la fois (N 867). Il en va notamment du verrouillage du marché (N 869), des effets de portefeuille (N 884), de la discipline tarifaire (N 888) et des effets de débordement (N 892). 899

Les effets **coordonnés** sont essentiellement les mêmes que les critères examinés pour en évaluer les risques sont similaires à ceux examinés en cas de concentration horizontale et verticale. Partant les critères examinés sont identiques (N 895). 900

D. Conclusions intermédiaires

De la même manière que ce qui vaut pour le test suisse du contrôle des concentrations (N 191), la Commission européenne recourt à **quatre types de tests** en fonction du type de concentration. 901

Les tests de **type A** (N 721), **B** (N 800) et **C** (N 868) s'appliquent respectivement aux concentrations horizontales, verticales et conglomérales lorsque la concentration crée un risque d'effets non coordonnés. Le test de **type D** (N 776 ; N 844 ; N 898) s'applique aux concentrations qui créent un risque d'effets coordonnés, quel que soit le type de concentration. 902

Dans l'application de ces tests, la Commission a une **approche économique** et recourt à l'application de tests économétriques lui permettant de quantifier la proximité concurrentielle entre les parties à la concentration, par les indices brut (N 747) et net (N 749) de la pression haussière sur les prix et à la simulation de la concentration (N 752). 903

Bien que les Lignes directrices, la jurisprudence et la doctrine distinguent clairement le test de type A, applicable aux concentrations horizontales engendrant des effets non coordonnés et de type B, applicable aux concentrations verticales engendrant des effets non coordonnés également, 904

¹⁰¹⁰ Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 121 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 427, p. 195.

les tests économétriques utilisés dans le test de type A (N 743) peuvent **également être utilisés** dans le test de type B pour déterminer l'effet sur la concurrence d'un tel comportement (N 856).

905 Il n'en demeure pas moins que, même si les tests économétriques tels le GUPPI (N 747), l'UPP (N 749) ou la simulation de la concentration (N 752), utilisés par la Commission européenne dans le test de type A peuvent à notre avis être utilisés dans le test de type B, les types A et B restent **distincts** puisque le premier vise à déterminer l'intérêt de l'entité résultante de se comporter comme un monopoleur hypothétique sur un marché horizontal, tandis que le second vise à déterminer l'intérêt pour l'entité résultante de verrouiller le marché. Autrement dit, le comportement anticoncurrentiel redouté est différent, mais les tests pour déterminer l'intérêt d'adopter ce comportement sont identiques.

906 En conclusion, si les **critères du test** (N 57) que l'autorité doit examiner dans le test A et le test B, sont différents, les mêmes tests économétriques (N 58) pour examiner si ces critères sont remplis, peuvent être appliqués (N 856).

IV. Le lien de causalité

907 Pour considérer la concentration comme pouvant entraver significativement la concurrence effective, la Commission doit établir un lien de causalité entre l'opération et l'entrave à la concurrence¹⁰¹¹. Pour ce faire, l'autorité **compare les conditions** de concurrence hypothétiques qui résulteraient de l'opération, avec celles qui prévaudraient si la concentration n'avait pas lieu¹⁰¹². La comparaison se fait donc entre deux situations hypothétiques, même si la Commission précise que, dans la plupart des cas, la situation qui vaudrait si la concentration n'avait pas lieu correspond à celle qui prévaut, avant l'opération¹⁰¹³.

908 Certains cas de concentration peuvent néanmoins poser problème dans la comparaison des conditions de concurrence avec ou sans l'opération, en raison d'une interruption de la chaîne causale. Il en va ainsi lorsque plusieurs concentrations sont notifiées simultanément (A.), lorsque la concurrence est déjà entravée avant la concentration (B.), ou encore lorsque l'une des parties

1011 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 89 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 428, p. 195 ; **WHISH/BAILEY**, *Competition Law*, p. 886.

1012 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9 ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 20.

1013 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9 ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 20.

à l'opération est une entreprise défaillante (C.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (D.).

A. L'examen de concentrations simultanées

Lorsque plusieurs opérations de concentration sur les mêmes marchés surviennent simultanément, le lien de causalité peut être **interrompu**. En effet, prises individuellement, ces concentrations pourraient ne pas poser de problème sur le plan de l'atteinte à la concurrence, mais, considérées dans leur ensemble, elles pourraient entraver la concurrence effective de manière significative, par exemple en créant ou renforçant une position de dominance collective¹⁰¹⁴.

La Commission peut être amenée à tenir compte, dans certaines circonstances, de **l'évolution future du marché**, qui est raisonnablement prévisible¹⁰¹⁵. Par le passé, la Commission a examiné les deux concentrations simultanées en tenant compte d'une hypothétique acceptation de l'autre concentration. Si une dominance collective devait émerger de l'acceptation par la Commission des deux concentrations simultanées, elle considérerait les opérations comme incompatibles avec le marché commun. Cela a été le cas notamment pour les opérations simultanées de *Price Waterhouse / Coopers Lybrand* et *KPMG / Ernst & Young*, qui se sont vues interdites par la Commission jusqu'à ce que KPMG et Ernst & Young abandonnent leur projet de fusion¹⁰¹⁶.

L'examen de la double opération dans le cas de fusions parallèles – si elle avait une justification légale par le fait que la Commission apprécie la concentration en se plaçant dans une perspective orientée vers l'avenir, tenant compte des développements futurs, tels que l'arrivée de nouveaux concurrents¹⁰¹⁷ – avait à notre avis l'effet pervers **d'encourager une concentration simultanée**, éventuellement factice, de concurrents, dans une perspective défensive, afin d'empêcher la première d'aboutir.

Depuis 2007, la Commission a adopté une **nouvelle approche** en analysant les conditions de la concurrence sur le marché selon la date de notification¹⁰¹⁸.

1014 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 439 et 440, p. 197.

1015 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 20.

1016 Affaire IV/M.1016, *Price Waterhouse / Coopers & Lybrand*, para. 108 et ss.

1017 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9; Affaire IV/M.1016, *Price Waterhouse / Coopers & Lybrand*, para. 108.

1018 Affaire COMP/M.4601, *KarstadtQuelle/MyTravel*, para. 49; Affaire COMP/M.4854, *TomTom / Tele Atlas*, para. 188; BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, n° 8.207; SCHMIDT/SIMON, *Das Windhundprinzip*, p. 214.

- 913 Cette nouvelle manière de procéder écarte le risque de voir d'autres entités concurrentes utiliser le contrôle des concentrations pour empêcher la concentration d'autres entités d'aboutir. De plus, elle évite que la Commission ne se voie notifier que **tard dans la procédure** une autre concentration dont elle n'avait pas connaissance au début de l'examen de la première opération et qu'elle ne doive changer sa décision en fonction de celle-ci.
- 914 Cette nouvelle solution présente le risque que deux opérations, telles que *Price Waterhouse / Coopers Lybrand* et *KPMG / Ernst & Young*, soient notifiées simultanément pour **optimiser les chances** d'une double autorisation, chacune des opérations bénéficiant ainsi des conditions de marché d'une fusion 4-à-3 (N 447). Ce risque est cependant atténué par le fait que, dans un marché à quatre concurrents principaux comme dans le cas d'espèce, les parties qui veulent augmenter leurs chances de voir leur concentration aboutir notifieront leur concentration avant leurs concurrents plutôt que de coordonner leur comportement.

B. L'absence de concurrence avant la concentration

- 915 Lorsque la concentration a pour effet de renforcer une position dominante, ou de renforcer des liens préexistants entre les parties qui **entravaient déjà la concurrence** entre elles, la comparaison entre les deux situations (N 639) peut conduire la Commission à un résultat biaisé, les deux situations entravant potentiellement la concurrence¹⁰¹⁹.
- 916 La Commission se penche donc sur les **changements spécifiques** attribuables à la concentration, entre la situation prévalant avant l'opération et celle produite par la concentration¹⁰²⁰.
- 917 Dans l'**affaire Delta Air Lines / Northwest Airlines**, la DG Concurrence a relevé que le changement spécifique était que l'absence de concurrence effective entre les parties n'était plus due à une collaboration intensive sur la répartition des liaisons aériennes, mais qu'elle découlait désormais de leur fusion¹⁰²¹.
- 918 Cette analyse crée un **nouveau lien de causalité** entre l'entrave à la concurrence et la concentration. En effet, l'entrave n'est plus causée par un lien contractuel préexistant entre les parties, mais par la concentration elle-même¹⁰²².

1019 ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 433, p. 196.

1020 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9; Affaire COMP/M.5181, *Delta Air Lines / Northwest Airlines*, para. 31.

1021 Affaire COMP/M.5181, *Delta Air Lines / Northwest Airlines*, para. 32.

1022 Affaire COMP/M.5181, *Delta Air Lines / Northwest Airlines*, para. 32.

L'argument peut interpellé de prime abord. En effet, il peut sembler que la **comparaison** entre les conditions de concurrence, avec ou sans la concentration (N 639)¹⁰²³, devrait démontrer que celles-ci sont identiques, à savoir que la concurrence est autant entravée avec que sans l'opération.

Cette pratique se justifie néanmoins à notre avis par le fait que, bien que les conditions soient les mêmes avec ou sans l'opération, l'entrave a changé de cause en raison de la concentration. Le critère de la comparaison des conditions de concurrence est ainsi à notre avis à juste titre élargi pour permettre de déterminer que la concurrence, bien qu'elle ait été entravée par une autre cause précédemment, est désormais entravée par le fait qu'une seule entité est présente sur le marché.

C. L'entreprise défaillante

La chaîne causale entre l'opération de concentration et une atteinte significative à la concurrence effective peut être rompue dans le cas où une partie à la concentration est une entreprise **défaillante**¹⁰²⁴.

Lorsqu'une entité entreprend une opération de concentration avec une entreprise dont la situation financière est telle que son existence est menacée, les conditions de concurrence après l'opération sont les mêmes que si la société défaillante disparaissait sans reprise. Même si les conditions de la concurrence sont entravées de manière significative après la concentration, le lien de causalité n'est ainsi **pas établi** car il en aurait été de même sans l'opération de concentration¹⁰²⁵.

La Commission a établi dans les Lignes directrices sur les concentrations horizontales, **quatre conditions** pour admettre la théorie de l'entreprise défaillante :

- Les conséquences négatives de la disparition de l'entreprise défaillante sur la situation concurrentielle sur le marché doivent être **au moins aussi graves** que celles découlant de l'opération de concentration envisagée¹⁰²⁶.

¹⁰²³ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 9.

¹⁰²⁴ Affaire COMP/M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand* (1993), para. 72; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.961; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.273; **GIRARDET**, *Fusionskontrollrecht*, p. 126; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1147; **KILLICK/SCHULZ**, *Horizontal and Vertical*, p. 463; **MONTAG/VON BO-NIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-322; **MONTI**, *Merger Defences*, p. 519.

¹⁰²⁵ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 89.

¹⁰²⁶ Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 89.

- L'entreprise prétendument défaillante doit être contrainte de quitter le marché **dans un avenir proche**, en raison de ses difficultés financières, si elle ne fait pas l'objet d'un rachat par une autre entreprise¹⁰²⁷. La proximité de la faillite n'est cependant pas détaillée¹⁰²⁸.
- Il n'existe **pas d'alternative** de rachat moins dommageable pour la concurrence que la concentration notifiée. En particulier, la Commission doit pouvoir écarter le fait qu'une autre entité puisse acquérir l'entité défaillante en produisant moins de conséquences anticoncurrentielles¹⁰²⁹.
- Si la concentration n'avait pas lieu, les actifs de l'entreprise défaillante **disparaîtraient inévitablement du marché**¹⁰³⁰. Les parties doivent démontrer que les actifs de la société défaillante ne seront pas acquis par des tiers actifs sur le même marché durant la liquidation¹⁰³¹. Cela est particulièrement le cas lorsqu'il s'agit d'une concentration entre deux concurrents uniques¹⁰³².

924 Il en va **par exemple** de l'entité défaillante offrant des produits qu'aucun de ses concurrents ne produisent et qui satisfont une certaine demande. Les concurrents pourraient développer des centres de production pour satisfaire cette demande mais une pénurie émergerait dans l'intervalle. La continuation de la production de l'entreprise défaillante reprise par une autre entité est ainsi moins dommageable pour le marché¹⁰³³.

925 La Commission indique que ces conditions ne sont **ni impératives ni cumulatives**. L'autorité a déjà admis la défense de l'entreprise défaillante sans

1027 **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.968 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.273 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-325 ; **MONTI**, *Merger Defences*, p. 537 ; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 611.

1028 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 90.

1029 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 90 ; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.969 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.273 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-326 ; **MONTI**, *Merger Defences*, p. 535 ; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 612.

1030 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 90 ; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.971 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1150 ; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 612.

1031 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 464, p. 205.

1032 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 89 ; Affaire COMP/M.4381, *JCI/Fiamm*, para. 814 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.273 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-327.

1033 Affaire COMP/M.2314, *BASF/Eurodiol/Pantochim*, para. 161.

que toutes les conditions ne soient strictement réunies, mais où il semblait inévitable que l’une des parties à l’opération disparaîtrait en raison d’une crise qu’elle traversait¹⁰³⁴.

Les Lignes directrices ne mentionnent que le cas de l’entreprise défaillante, mais la Commission a déjà appliqué des règles similaires dans le cas d’une division défaillante d’une entreprise¹⁰³⁵. Dans l’affaire *Nynas / Shell / Harburg Refinery*, Shell a démontré à l’autorité que l’exploitation de la raffinerie de Harburg n’était pas rentable et que ses activités dans ce segment du marché allaient cesser. L’entreprise a prouvé sa volonté par des documents internes. Nynas était néanmoins intéressée à reprendre l’exploitation de cette raffinerie, qui était cohérente avec son modèle d’affaires et ses activités commerciales¹⁰³⁶.

Les parties à une concentration avec une division défaillante doivent convaincre la Commission du risque de cessation des activités de la division avec un **degré de preuve** plus élevé que dans le cas de l’entreprise défaillante. Il ne suffit en effet pas d’indiquer que, faute de concentration, une division va être fermée¹⁰³⁷.

Sous l’empire du Règlement 139/2004, la Commission a admis la défense de l’entreprise défaillante et autorisé la concentration dans **sept cas**.

Affaire	Référence
JCI / Fiamm	M.4381
Credit Agricole / Societe Generale	M.5728
Olympic / Aegean Airlines	M.5830
Nynas / Shell / Harburg Refinery	M.6360
IAG / BMI	M.6447
Aegean / Olympic II	M.6796
General Electric / Alstom	M.7278

Concentrations appliquant la théorie de l’entreprise défaillante, entre 2004 et 2019

1034 Affaire COMP/M.2810, *Deloitte & Touche / Andersen UK* (2002), para. 45 ss; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.965.

1035 Affaire COMP/M.6360, *Nynas / Shell / Harburg Refinery* (2013), para. 314 ss, para. 327; Affaire COMP/M.2876, *Newscorp/Telepiu*, para. 211; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.973.

1036 Affaire COMP/M.6360, *Nynas / Shell / Harburg Refinery* (2013), para. 314, 317 et 319; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.974; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1150.

1037 **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.975; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1150.

D. Conclusions intermédiaires

930 La Commission doit établir un **lien de causalité** entre l'opération et l'entrave significative à la concurrence effective, en comparant la situation de la concurrence sur le marché si la concentration avait lieu avec celle qui prévaudrait si la concentration n'avait pas lieu (N 907).

931 **Trois situations** peuvent interrompre le lien de causalité :

932 D'abord, en cas de **notification simultanée** de plusieurs concentrations, la DG Concurrence examine les concentrations en prenant en compte les conditions valables au moment de la notification de l'opération à l'autorité (N 912). Cette pratique peut faire courir le risque que des entreprises notifient simultanément leurs concentrations afin d'optimiser leurs chances de voir les deux concentrations être admises. En revanche, pour optimiser au maximum leurs chances de voir leur concentration admise, les parties ont tout de même un intérêt à ce que l'autorité se saisisse de leur concentration en premier, ce qui rétablit une concurrence dans la notification de l'opération et anéantit l'intérêt de coordonner la notification (N 914).

933 Ensuite, lorsque le marché est **déjà dépourvu de concurrence** avant l'opération (N 915) l'autorité admet un nouveau lien de causalité en raison de la concentration. Cette solution peut heurter notre sentiment de la justice car elle rend une opération de concentration nouvellement causale d'une absence de concurrence qui lui est pourtant antérieure. Cette solution est néanmoins probablement la moins mauvaise pour agir contre une concentration dont l'effet est de maintenir un marché exempt de concurrence (N 920).

934 Enfin, la Commission a quelquefois appliqué la théorie de l'**entreprise défaillante** (N 921), bien que les cas ne se soient pas souvent présentés (N 928). L'autorité s'est cependant montrée généreuse dans l'application de ces conditions, en les considérant ni impératives ni cumulatives (N 925).

V. Les facteurs de contrepoids

935 Lorsque la Commission conclut que des effets anticoncurrentiels peuvent naître de la concentration examinée, elle va examiner si des **facteurs de contrepoids** viennent les compenser¹⁰³⁸. Ainsi les effets anticoncurrentiels ne sont-ils pas supprimés, mais neutralisés par l'émergence d'un effet pro-concurrentiel.

1038 Règlement 139/2004, consid. 29.

La Commission examine si le marché peut connaître une entrée de nouveaux concurrents (A.), une puissance d'achat compensatrice (B.) ainsi que la création de gains d'efficacité (C.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (D.). 936

A. L'entrée de nouveaux concurrents

La Commission envisage une concentration d'un point de vue dynamique (N 726). Elle tient compte de certaines évolutions futures, dont l'**entrée potentielle** de nouveaux concurrents sur le marché¹⁰³⁹. 937

Lorsque des concurrents fusionnent et que la pression concurrentielle est réduite, de nouvelles entités peuvent être intéressées à entrer sur le marché, ou une entité déjà présente peut lancer un nouveau produit¹⁰⁴⁰. A plus forte raison, si une entité disposant d'un pouvoir de marché augmente ses prix au-delà du niveau concurrentiel, d'autres entreprises peuvent avoir un intérêt à entrer sur le marché, créant ainsi **une nouvelle concurrence** tendant à faire baisser les prix. La Commission examine donc dans quelle mesure d'autres concurrents pourraient entrer sur le marché rapidement et provoquer une nouvelle pression concurrentielle après l'opération de concentration, apte à contrer ses effets anticoncurrentiels¹⁰⁴¹. 938

Lorsque l'entrée sur le marché est aisée, il est peu probable qu'une concentration d'entreprises n'entrave la concurrence effective¹⁰⁴². L'entité résultante ne peut profitablement élever ses prix si une augmentation des marges permet à des nouveaux concurrents potentiels d'entrer sur le marché et de proposer des prix plus attractifs¹⁰⁴³. Il n'est en outre pas nécessaire qu'une entité entre effectivement sur le marché pour discipliner l'entité issue de la concentration : la simple potentialité suffit à empêcher l'entité fusionnée d'augmenter ses prix et de rendre ainsi l'entrée intéressante¹⁰⁴⁴. 939

1039 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 68 ss ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 51, 76 et 114 ; Affaire COMP/M.4691, *Schering-Plough / Organon Biosciences*, para. 296 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.235.

1040 **IVALDI** et al., *The Economics of Horizontal Merger*, p. 69.

1041 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.01 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 482, p. 209 ; affaire T-282/02 *Cementbouw Handel c. Commission* (2006), para 219.

1042 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 68.

1043 Cf. **BERGMAN**, *Potential Competition*, p. 34, pour une synthèse des analyses démontrant le lien entre l'entrée d'un concurrent et l'évolution du prix dans divers marchés spécifiques.

1044 Affaire COMP/M.4691, *Schering-Plough / Organon Biosciences*, para. 296, qui distingue l'entrée et l'entrée potentielle de concurrents.

940 La Commission examine donc la probabilité d'entrer sur le marché en fonction des barrières (1.), le délai dans lequel un nouveau concurrent peut entrer sur le marché (2.) et si l'entrée est suffisante pour empêcher l'entité résultant de la concentration d'entraver la concurrence (3.).

1. La probabilité d'une entrée sur le marché

941 La probabilité d'une entrée sur le marché de nouveaux concurrents dépend de la **profitabilité de l'entrée**, compte tenu des effets qu'elle aura sur les prix du marché et des réactions des concurrents¹⁰⁴⁵.

942 L'entrée dépend des **barrières** que peuvent imposer les concurrents du marché, ou qui sont propres au marché pertinent. Ces barrières sont des caractéristiques du marché qui confèrent aux concurrents préexistants des avantages sur leurs concurrents potentiels¹⁰⁴⁶. Les concurrents déjà en place, en fonction des parts de marché qu'ils détiennent et des moyens dont ils disposent pour les conserver, notamment en liant leurs clients par des contrats de longue durée ou en pratiquant des réductions ciblées ou préférentielles de prix, sont à même de rendre plus ou moins difficile l'accès au marché¹⁰⁴⁷.

943 Si l'entité voulant entrer sur le marché ne peut le faire qu'à grande échelle pour être économiquement viable, les barrières à l'entrée sont plus élevées et il est par conséquent peu probable qu'elle puisse exercer une contrainte sur les parties à la concentration¹⁰⁴⁸. Plus les barrières à l'entrée sont **basses**, plus les conditions du marché sont concurrentielles, en raison du fait qu'une nouvelle entité peut facilement satisfaire la demande si les prix augmentent ou si d'autres conditions du marché se péjorent¹⁰⁴⁹.

944 Les barrières à l'entrée sur le marché peuvent se concrétiser sous **différentes formes**, notamment :

945 **1° Des avantages juridiques.** Les barrières d'ordre réglementaire peuvent empêcher l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, par exemple lorsque des barrières réglementaires limitent le nombre de licences ou le

1045 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 69 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.46.

1046 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 70 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1140 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.05 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 486, p. 210.

1047 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 69.

1048 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 70 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.46.

1049 **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1140 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.03.

nombre d'acteurs sur le marché ou imposent des droits de douane ou d'autres limitations ou quotas¹⁰⁵⁰.

Dans l'**affaire Siemens/Alstom**, la DG Concurrence a établi que le concurrent des parties, essentiellement actif sur le marché chinois, ne disposait pas des certifications obligatoires sur l'Espace Economique Européen. Partant, son entrée sur le marché était entravée à court terme par une barrière juridique¹⁰⁵¹. 946

2° Des avantages techniques. Les avantages techniques peuvent être extrêmement variés. La Commission en donne quelques exemples dans les Lignes directrices sur les concentrations horizontales. Les entreprises peuvent ainsi bénéficier d'accès préférentiels à des installations essentielles, à des ressources naturelles, à l'innovation et aux activités de recherche et développement ou à des droits de propriété intellectuelle. La difficulté d'accès à ces ressources techniques entrave l'accès de nouveaux concurrents au marché et empêche de faire efficacement concurrence à l'entité résultant de la concentration¹⁰⁵². 947

3° Des avantages de préséance. La notoriété des entreprises en place sur le marché peut créer une barrière à l'entrée de nouveaux concurrents, en raison de leur expérience ou de leur réputation leur permettant dominer le marché auprès de la clientèle¹⁰⁵³. La fidélité des clients pour les marques existantes ainsi que les coûts de changement de fournisseur entravent également l'arrivée profitable de nouveaux entrants¹⁰⁵⁴. 948

La DG Concurrence tient compte, pour évaluer la probabilité d'entrée sur le marché, des **phases de marché** (N326). Une entrée est plus probable lorsque le marché est en phase de croissance, avant qu'il ne soit parvenu à maturité, en raison de son plus fort potentiel de rentabilité¹⁰⁵⁵. 949

1050 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 71; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-282; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 490, p. 211.

1051 Affaire COMP/M.8677, *Siemens/Alstom*, para. 513.

1052 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 71; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-285; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 490, p. 211.

1053 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 71; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-284; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 490, p. 212.

1054 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.47.

1055 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 72; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1141.

950 Outre les barrières à l'entrée, la Commission évalue également la probabilité d'entrée en examinant si d'autres entités fournissent des produits comparables sur d'autres marchés géographiques et si elles sont à même de pouvoir **rediriger leurs ventes** sur le marché en cause¹⁰⁵⁶ ; si certaines entités sont intéressées à entrer ou ont déjà tenté d'entrer sur le marché en cause par le passé¹⁰⁵⁷ ; ou si la rentabilité d'une entrée est particulièrement importante notamment en fonction des développements futurs potentiels du marché¹⁰⁵⁸.

2. Le délai d'entrée sur le marché

951 L'entrée de nouveaux concurrents sur le marché, pour pouvoir empêcher une entité résultant de la concentration d'augmenter profitablement ses prix, doit pouvoir se faire suffisamment **rapidement et durablement**¹⁰⁵⁹. Il n'est pas suffisant qu'un nouvel entrant puisse accéder au marché, encore faut-il qu'il puisse s'y maintenir. Le nombre d'entrants sur les marchés est souvent élevé mais le nombre de survivants est bien plus faible¹⁰⁶⁰.

952 S'il n'existe pas de définition précise du délai dans lequel l'entrée doit intervenir, la Commission estime qu'**au-delà de deux ans** après l'opération de concentration, l'entrée n'intervient pas en temps utile et n'est pas à même de contrer les effets anticoncurrentiels¹⁰⁶¹.

3. La suffisance de l'entrée sur le marché

953 L'entrée sur le marché doit enfin être suffisante en ampleur et en importance pour **dissuader** l'entité résultante de déployer des effets anticoncurrentiels ou contrecarrer ceux-ci¹⁰⁶². La production et l'approvisionnement assurés par le nouvel entrant doivent pouvoir surpasser les atteintes à la concurrence¹⁰⁶³.

954 La suffisance de l'entrée sur le marché est conditionnée à la fois par le niveau de concurrence après l'entrée et par les **coûts d'entrée**. L'entrée peut survenir jusqu'au point où les profits réalisés ne couvrent pas moins que les coûts d'entrée sur le marché¹⁰⁶⁴.

1056 MONTAG/VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-288.

1057 MONTAG/VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-289.

1058 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 10.46 ; MONTAG / VON BONIN, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-290.

1059 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 74.

1060 GEROSKI, *What Do We Know About Entry?*, p. 424 ; BERGMAN, *Potential Competition*, p. 32.

1061 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, n° 74 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 10.49 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 493, p. 213.

1062 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, n° 75.

1063 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 10.50.

1064 KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 10.50.

Sur des marchés sur lesquels il existe un **historique** important d'échecs d'entrée, la suffisance est davantage sujette à caution. Ainsi, un entrant potentiel, disposant d'une capacité financière importante, peut ne pas disposer des compétences suffisantes pour développer un produit à même de concurrencer efficacement les acteurs en place¹⁰⁶⁵.

B. La puissance d'achat compensatrice

Dans les marchés sur lesquels les cocontractants disposent d'une puissance d'achat à l'encontre des parties à la concentration, l'entité résultante peut se trouver dans l'**incapacité d'augmenter ses prix**¹⁰⁶⁶. Il en va ainsi si certains clients ou fournisseurs des parties sont d'une importance commerciale significative et peuvent exercer sur elle un effet de discipline en menaçant, par exemple, de changer de cocontractant¹⁰⁶⁷.

Lorsque les clients importants de l'une ou l'autre des entités parties à la concentration sont en mesure de menacer de manière crédible et dans un délai raisonnable de **rediriger leurs commandes**, les parties à la concentration peuvent plaider la puissance d'achat de leurs clients comme facteur contrebalançant leur pouvoir de marché. C'est notamment le cas si les clients peuvent menacer leur fournisseur de recourir à d'autres sources d'approvisionnement, de s'intégrer verticalement dans le marché amont, ou de favoriser l'arrivée d'un nouvel entrant sur ce marché en lui promettant des commandes, si ce fournisseur devait augmenter ses prix, diminuer ses quantités ou la qualité et les conditions de ses livraisons, par exemple¹⁰⁶⁸.

La puissance d'achat compensatrice, en plus de préexister à la concentration, **doit également persister**. La concentration entre deux fournisseurs importants peut effectivement réduire cette puissance, diminuant ainsi la pression que ce client était à même d'exercer¹⁰⁶⁹.

L'efficacité de la puissance d'achat compensatrice dépend de **plusieurs facteurs** :

1065 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 10.52.

1066 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 64 ss ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 51, 76 et 114.

1067 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 64 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.264 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1139 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 468, p. 206.

1068 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 65 ; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-273.

1069 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 67.

960 **1° Les facteurs liés au client.** La Commission examine l'importance du client pour l'entité issue de la concentration en termes de parts de vente, de même que la capacité du client à détourner ses commandes vers un autre fournisseur¹⁰⁷⁰. La possibilité pour un client de rediriger une part importante de ses achats vers un autre fournisseur peut suffire à exercer une pression contre l'entité issue de la concentration, sans qu'il soit nécessaire que la totalité des achats lui échappe¹⁰⁷¹.

961 La relation entre le client et le fournisseur peut donner des indications à la Commission sur **la capacité du premier de discipliner le second**. Notamment l'absence d'accord sur les conditions de vente du produit ; la dépendance du fournisseur au client pour des ventes futures, la connaissance qu'a le client des marges de négociation du fournisseur, ou le fait que le client peut supporter mieux que le fournisseur de patienter avant de parvenir à un accord, sont autant de facteurs qui indiquent à la Commission les pouvoirs de discipline en présence¹⁰⁷².

962 **2° Les facteurs liés au marché.** Le marché peut donner des informations importantes à la Commission pour déterminer s'il est susceptible de favoriser l'émergence d'une puissance d'achat compensatrice. La puissance d'achat compensatrice sera plus efficace si le marché est hautement concentré ou s'il y est fréquent de s'approvisionner auprès de plusieurs sources¹⁰⁷³.

963 La Commission peut également rechercher des éléments historiques pour admettre une augmentation de la puissance d'achat compensatrice. Dans l'**affaire Siemens / Dade Behring**, la Commission a ainsi relevé une certaine tendance s'inscrivant dans la durée, à la concentration sur le marché aval, conduisant à une augmentation de la puissance d'achat compensatrice¹⁰⁷⁴.

964 Dans l'**affaire Enso/Stora** la Commission a considéré que, malgré la part de marché importante de 60% des parties après l'opération, la forte concentration du marché des cocontractants suffisait à exclure le risque d'effets anticoncurrentiels¹⁰⁷⁵.

1070 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 471, p. 207.

1071 Affaire T-282/06, *Sun Chemical c. Commission*, para. 170-172 ; **MONTAG / VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-273.

1072 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Contr* n° 11.10.

1073 Affaire COMP/M.4691, *Schering-Plough / Organon Biosciences*, para. 296 ; **MONTAG / VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-274.

1074 Affaire COMP/M.4865, *Siemens / Dade Behring*, para. 46.

1075 Affaire COMP/M.1225, *Enso/Stora*, para. 92 ; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1140.

C. Les gains d'efficacité

Les concentrations peuvent entraîner des **gains d'efficacité** pour les entreprises, tels qu'une économie de coûts de production dépensés à double, la fusion de réseaux de distribution, ou des améliorations technologiques, par exemple¹⁰⁷⁶.

Les gains d'efficacité démontrés par les parties peuvent permettre à la Commission d'autoriser une concentration, s'ils sont de nature à **neutraliser** les effets sur la concurrence et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs que la concentration aurait sinon pu avoir¹⁰⁷⁷.

Dès l'entrée en vigueur des Lignes directrices sur les concentrations horizontales, le 1^{er} mai 2004, la Commission a indiqué tenir compte des éventuels **effets proconcurrentiels** de l'opération de concentration qui soient à même de supplanter les restrictions à la concurrence¹⁰⁷⁸.

La Commission n'a cependant pas attendu que les gains d'efficacité apparaissent dans ses Lignes directrices. En effet, de nombreuses **décisions antérieures** évaluent déjà les gains d'efficacité, sans pourtant qu'ils soient souvent considérés suffisants pour neutraliser les effets anticoncurrentiels¹⁰⁷⁹. Notons que la base légale du **Règlement 139/2004** sur laquelle les Lignes directrices fondent la prise en compte des gains d'efficacité, à savoir « l'évolution du progrès technique et économique pour autant que celle-ci soit à l'avantage des consommateurs et ne constitue pas un obstacle à la concurrence », existait déjà dans le **Règlement 4064/89**¹⁰⁸⁰.

1. Les types de gains d'efficacité

Les Lignes directrices ne listent pas les gains d'efficacité que les parties peuvent alléguer à l'appui de leur concentration, mais proposent **quelques exemples**¹⁰⁸¹. Les Lignes directrices citent la réalisation d'économies

1076 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 76 ss ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 13 ; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.265 ; **ILZKOVITZ/MEIKLEJOHN**, *Efficiency Defense*, p. 61 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 12.18 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 496, p. 214 ; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 613.

1077 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 76.

1078 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 76 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 496, p. 214.

1079 Voir **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 12.46 et note 69, pour une liste de décisions antérieures à 2004 dans lesquelles la Commission analyse des gains d'efficacité.

1080 **Règlement 4064/89**, art. 2 al. 1 let. b i.f.

1081 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 80 ; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 54.

réalisées par l'entité au niveau de la production ou de la distribution lui permettant de baisser les prix à l'issue de l'opération¹⁰⁸² ainsi que des gains d'efficacité dans la recherche, le développement et l'innovation lors de la création d'une entreprise commune créée afin de mettre au point un nouveau produit¹⁰⁸³.

970 La doctrine identifie **plusieurs types** de gains d'efficacité, notamment :

971 **1° La rationalisation de la production.** L'optimisation et la rationalisation de l'allocation de la production entre les parties permet d'épargner des coûts de production. Alors que les parties auront potentiellement des coûts marginaux différents l'une de l'autre avant la concentration en raison par exemple d'une différence de taille, d'efficacité ou d'un autre avantage concurrentiel, elles pourront rediriger la production la plus coûteuse vers le ou les sites de production au coût marginal le moins élevé¹⁰⁸⁴.

972 Dans l'**affaire Fedex / TNT Express**, les parties ont allégué un gain d'efficacité par l'internalisation du service *Pick-Up & Distribution* de Fedex, peu efficient, dans le service de TNT Express¹⁰⁸⁵.

973 Dans l'**affaire Hutchison 3G Italy / WIND / JV**, la Commission n'a pas accepté la diminution des coûts d'acquisition de clients d'un opérateur par l'autre comme une synergie induisant une baisse de coûts variables. Les parties ont allégué qu'elles réaliseraient des économies dans les coûts d'acquisition de clients qu'elles supportaient individuellement lorsqu'elles acquéraient un client de l'autre partie. D'après la Commission, les économies ne sont réalisées que parce que les parties acquerront moins de clients ensemble que séparément en raison du chevauchement de leurs activités. Ces économies étant une baisse de coûts fixes, il n'est pas probable selon la Commission, qu'elle soit reportée sur les clients, le coût par client demeurant identique¹⁰⁸⁶.

974 **2° Les économies d'échelle ou d'envergure.** Un plus large volume de production permet de réaliser des économies d'échelle ou d'envergure par une baisse du coût moyen de production. Lorsque la concentration conduit à une

1082 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 80; **KOKKORIS**, *Substantive issues*, p. 541s.

1083 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 81.

1084 **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.267; **RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN**, *Efficiency Gains from Mergers*, pp. 88 et 89.

1085 Affaire COMP/M.7630, *Fedex / TNT Express*, para. 516ss; **MONTAG / VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4304.

1086 COMP/M.7758, *Hutchison 3G Italy / WIND / JV*, para. 1399ss.

augmentation du volume de production, les coûts fixes de production peuvent rester constants tandis que le coût marginal baisse. La Commission cherche à identifier la raison pour laquelle les parties sont à même de réaliser des économies d'échelle. Il se peut en effet que les économies d'échelle alléguées par les parties à la concentration soient possibles uniquement en raison d'un comportement coordonné antérieur à la concentration, qui a conduit chacune des entités à pratiquer des prix supérieurs au prix concurrentiel¹⁰⁸⁷. La concentration verticale d'un fournisseur et d'un distributeur permet en outre de supprimer un intermédiaire et **d'économiser ainsi la double marge bénéficiaire** que cet intermédiaire aurait perçue¹⁰⁸⁸.

Dans l'**affaire Fedex / TNT Express**, les parties ont allégué que la fusion 975 de leurs services de distribution par voie aérienne permettait de supprimer certains vols effectués à double vers la même destination et de remplacer d'autres par des vols dans de plus grands avions réduisant le coût des unités transportées¹⁰⁸⁹.

3° Les améliorations des technologies employées. Les améliorations 976 technologiques peuvent être de deux natures. La première consiste en une amélioration du processus de fabrication, conduisant à une baisse des coûts de production du produit. La seconde consiste en une amélioration du produit, qui conduit à une augmentation de la valeur de celui-ci. Ces deux types de progrès sont induits par une amélioration des moyens de production découlant soit de la mise en commun du savoir-faire de chacune des parties, soit d'investissements communs en recherche et développement¹⁰⁹⁰.

Dans l'**affaire TomTom / Tele Atlas**, les parties ont allégué la réalisation, 977 après l'opération de concentration, de meilleures cartes géographiques, produites plus rapidement¹⁰⁹¹.

Dans les concentrations verticales, l'échange d'informations entre un 978 producteur et un distributeur permet **d'augmenter l'efficacité** du service ou du produit offert par le producteur en fonction de la demande spécifique des clients connue du distributeur¹⁰⁹².

1087 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, p. 89.

1088 Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 55; Affaire COMP/M.7538, *Knorr Bremse / Vossloh*, para. 92; Affaire COMP/M.4854, *TomTom / Tele Atlas*, para. 239; BOYCE/LYLE-SMYTHE, *Merger Control*, n° 8.267.

1089 Affaire COMP/M.7630, *Fedex / TNT Express*, para. 511.

1090 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, pp. 92 et 93; Affaire COMP/M.50, *AT&T/NCR*, para. 28.

1091 Affaire COMP/M.4854, *TomTom / Tele Atlas*, para. 245.

1092 Voir notamment aux Etats-Unis, la décision *US v. AT&T*, p. 3.

979 **4° Les économies sur les achats.** Les petites entreprises sur le marché doivent souvent acquérir leurs intrants à des prix élevés. En fusionnant, les entités bénéficient parfois d'une meilleure puissance d'achat et d'un plus grand pouvoir de négociation leur permettant d'obtenir de meilleurs prix ou des rabais de quantité¹⁰⁹³.

980 L'équilibre des pouvoirs entre le marché des fournisseurs en amont et celui des clients en aval avant la concentration est important. En effet, la concentration ne doit pas renforcer une situation **déjà déséquilibrée**, où les clients disposent d'une importante puissance d'achat. Dans ce cas, aucune économie sur les achats ne peut être alléguée par les parties, qui soit à même de neutraliser les effets anticoncurrentiels¹⁰⁹⁴.

981 Les gains d'efficacité peuvent également être réalisés sur les **volumes d'achat** lorsque les fournisseurs pratiquent une politique des prix comprenant une commission fixe et un prix par unité commandée. L'augmentation du volume de commande de l'entité résultante permet de diluer la part fixe sur un plus grand nombre d'unités¹⁰⁹⁵.

982 **5° Les économies managériales.** Dans les grandes sociétés, les intérêts des managers et des actionnaires peuvent diverger légèrement avec le temps. En effet, le statut de manager peut devenir une fin en soi pour ceux-ci et détourner la direction de l'entreprise de son objectif de maximiser le profit. Le management peut tendre à s'accorder une certaine indulgence par rapport à ses stratégies, alors qu'un remaniement managérial peut apporter un regard neuf ou du recul envers ces stratégies. Une concentration est souvent source de changements dans la composition de la direction notamment du fait de la fusion de deux ou plusieurs équipes, conduisant à l'éviction de certaines personnes¹⁰⁹⁶. La concentration peut, dans ces circonstances, conduire à une **augmentation de l'efficacité interne** de l'entité résultante, en réaction au remaniement de l'équipe managériale.

2. Les conditions des gains d'efficacité

983 Les Lignes directrices sur les concentrations horizontales et les Lignes directrices sur les concentrations non horizontales fixent **trois conditions** à l'admission des gains d'efficacité.

1093 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, p. 93.

1094 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, p. 93.

1095 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, p. 94.

1096 RÖLLER/STENNEK/VERBOVEN, *Efficiency Gains from Mergers*, p. 94.

Il revient aux parties de prouver de manière circonstanciée la façon dont le projet de concentration permettrait à la nouvelle entité de réaliser des gains d'efficacité et de les **quantifier**, un gain d'efficacité marginal ne suffisant pas¹⁰⁹⁷. Ils doivent en effet suffire à contrebalancer les effets anticoncurrentiels de la concentration¹⁰⁹⁸. Les parties doivent également indiquer comment et dans quelle mesure ces gains seront reportés sur les clients et pourquoi ces gains d'efficacité ne peuvent être réalisés sans la concentration¹⁰⁹⁹.

Ces gains d'efficacité doivent donc être cumulativement à l'avantage des consommateurs (a.), vérifiables (b.) et propres à la concentration (c.)¹¹⁰⁰.

a. L'effet du gain d'efficacité sur les consommateurs

Les gains d'efficacité doivent être destinés aux consommateurs. Les concentrations peuvent générer pour les parties des avantages intéressants, mais les gains d'efficacité, pour neutraliser les effets négatifs de l'opération sur la concurrence, doivent **profiter aux consommateurs** qui doivent se trouver à l'issue de l'opération dans une situation plus avantageuse qu'avant la concentration¹¹⁰¹.

D'après les Lignes directrices, les gains d'efficacité doivent en principe être à l'avantage des consommateurs qui sont sur les **mêmes marchés** où, à défaut de tels gains, l'opération soulèverait des problèmes de concurrence¹¹⁰². La Commission peut donc accepter une concentration risquant d'engendrer des effets anticoncurrentiels, si d'autres effets proconcurrentiels les contrebalancent sur le marché où les effets négatifs doivent se produire¹¹⁰³. Les répercussions positives liées aux gains d'efficacité sur un autre marché que ceux atteints par la concentration, sont exclues¹¹⁰⁴.

1097 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 86; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 615.

1098 **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 614.

1099 Formulaire CO, Annexe I du Règlement d'exécution N° 1269/2013, Section 9; Lignes directrices sur le contrôle des concentrations horizontales, para. 87; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 29.

1100 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 78; Lignes directrices sur les concentrations non horizontales, para. 53.

1101 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 79; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.269; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1145; **VANDEN BERGH/CAMESASCA/REED**, *European Competition Law and Economics*, p. 374; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 614.

1102 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 79.

1103 **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 12.30; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-314; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 501 et note 1105, p. 215.

1104 **STROHM**, *Efficiencies*, p. 11.

988 La répercussion des gains d'efficacité sur le marché des consommateurs est souvent fonction de la **pression concurrentielle** à laquelle l'entité résultante devra faire face. Il est en effet improbable que les gains d'efficacité soient répercutés sur les consommateurs si l'entité résultante bénéficie d'un fort pouvoir de marché. Elle risque dans ce cas de garder pour elle le surplus généré par le gain d'efficacité¹¹⁰⁵.

989 Dans l'**affaire Korsnäs / AssiDomän Cartonboard**, la Commission est parvenue à la conclusion que les gains d'efficacité allégués par les parties étaient susceptibles de bénéficier aux consommateurs¹¹⁰⁶.

990 En revanche, dans l'**affaire Ryanair Holdings plc c. Commission**, le Tribunal a confirmé la décision de la Commission qui considérait que, compte tenu des parts de marché importantes de l'entité résultante de la concentration, il était peu probable que les économies en matière de coûts soient répercutées sur les consommateurs et qu'il était au contraire plus probable qu'elle cherche à maximiser ses bénéfices¹¹⁰⁷.

b. La vérifiabilité du gain d'efficacité

991 La Commission vérifie que la concrétisation des gains d'efficacité allégués par les parties est probable et qu'ils soient suffisamment importants pour neutraliser les effets anticoncurrentiels de la concentration. Les gains d'efficacité doivent par conséquent être **vérifiables** afin que l'autorité puisse en tenir compte¹¹⁰⁸. Dans son examen, la Commission se fonde sur des documents internes, sur des prises de position du management ou d'autres expertises externes, antérieures au projet de concentration¹¹⁰⁹.

992 La Commission précise que les gains d'efficacité doivent en outre être déployés **en temps utile**¹¹¹⁰, soit dans un délai correspondant à celui dans lequel les effets négatifs vont émerger¹¹¹¹.

993 Dans l'**affaire Ryanair Holding c. Commission**, le Tribunal a confirmé la décision de la Commission qui considère que les gains d'efficacité ne sont pas suffisamment vérifiables, car les parties ont failli à prouver que les gains

1105 **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 615.

1106 Affaire COMP/M.4057, **Korsnäs / AssiDomän Cartonboard**, para. 63.

1107 Affaire T-342/07, **Ryanair Holding plc c. Commission**, para. 441.

1108 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 86; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.272; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1145; **VANDEN BERGH / CAMESASCA / REED**, *European Competition Law and Economics*, p. 374; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 615.

1109 **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-317.

1110 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 83 et 86; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.270; **MONTAG / VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-311.

1111 Affaire COMP/M.7758, **Hutchison 3G Italy / WIND / JV**, para 1391.

d'efficacité présumés liés à la reprise du modèle économique de Ryanair n'étaient pas compensés par des pertes d'efficacité résultant de l'abandon de celui d'Aer Lingus¹¹¹².

c. La relativité à l'opération de concentration

Les parties doivent enfin démontrer que les gains d'efficacité sont **une conséquence directe** de l'opération notifiée et ne peuvent être obtenus dans une mesure similaire au moyen d'alternatives moins anticoncurrentielles¹¹¹³, ou généralement par toute concentration¹¹¹⁴.

Dans l'**affaire TomTom / Tele Atlas**, la Commission a reconnu que l'élimination des doubles marges alléguées par les parties dans cette concentration verticale était spécifique à la fusion examinée. Elle a envisagé d'autres solutions que la concentration et vérifié si une coopération verticale ou des accords verticaux pouvaient parvenir au même résultat que la fusion, en pratiquant des rabais de quantité. La Commission a examiné d'autres contrats de *Tele Atlas* et constaté que l'entreprise pratiquait couramment des rabais de volumes avec d'autres clients mais que ceux-ci étaient trop limités pour parvenir à une élimination complète de la marge équivalente à une concentration verticale. Le gain d'efficacité était donc spécifique à la concentration¹¹¹⁵.

Dans l'**affaire Inco/Falconbridge**, les parties n'ont pas réussi à démontrer à satisfaction de l'autorité que les gains d'efficacité ne pouvaient pas être atteints autrement que par la concentration, en raison du fait qu'elles n'ont pas comparé les gains d'efficacité obtenus par la concentration et ceux qu'elles auraient pu obtenir par d'autres moyens¹¹¹⁶.

Dans l'**affaire CK Telecoms UK c. Commission**, le Tribunal a indiqué que deux types de gains d'efficacité existent dans les concentrations. Les premiers sont des économies générales réalisées par toute concentration, tels que « la rationalisation et de l'intégration des processus de production et de distribution par l'entité issue de la concentration, l'élimination des structures doubles ou redondantes dans les chaînes de production et de distribution ainsi que le redéploiement ou le licenciement de personnel »¹¹¹⁷. Les seconds

1112 Affaire T-342/07, *Ryanair Holding plc c. Commission*, para. 413; cf. ég. **PRÜMMER**, *Nötige Standard*, p. 410.

1113 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 85; **BOYCE/LYLE-SMYTHE**, *Merger Control*, n° 8.268; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1145; **MONTAG/VON BONIN**, *Article 2 Appraisal of concentrations*, n° 5-4-312; **VAN DEN BERGH/CAME-SASCA/REED**, *European Competition Law and Economics*, p. 374.

1114 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 277.

1115 Affaire COMP/M.4854, *TomTom / Tele Atlas*, para. 241.

1116 Affaire COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, para. 538.

1117 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 277.

sont ceux mentionnés à la section VII des lignes directrices (N 965). Seuls ceux-ci peuvent être propres à la concentration, les premiers étant inhérents à toute concentration¹¹¹⁸. Selon nous, si cette jurisprudence est maintenue, les parties devront donc désormais prouver que leurs gains d'efficacité sont propres à leur concentration et pas à toute concentration.

998 Le Tribunal opère cette **distinction** dans un développement sur la prise en compte des gains d'efficacité généraux et propres à toute concentration. Ceux-ci doivent être pris en compte par l'autorité indépendamment de leur allégation par les parties, en tant que « composante d'un modèle quantitatif qui vise à établir si une concentration est susceptible de produire de tels effets restrictifs »¹¹¹⁹. Cependant, le modèle quantitatif en question, en l'occurrence l'UPP (N 749), sert à déterminer si une concentration nécessite une enquête approfondie (N 751) et que les types de gains d'efficacité mentionnés par le Tribunal (N 997) sont les mêmes que ceux de la section VII des lignes directrices (N 971 ss). Dès lors on peut se demander si, en voulant faire une distinction, le Tribunal n'a pas simplement imposé à la Commission de tenir compte d'office, au stade de l'examen du risque d'effets anticoncurrentiels, de gains d'efficacité qui doivent en principe être allégués et prouvés par les parties comme étant à même de contrebalancer les effets anticoncurrentiels de la concentration (N 983 ss).

D. Conclusions intermédiaires

999 La Commission, lorsqu'elle a établi qu'il existe un risque d'effets anticoncurrentiels, recherche des éléments pouvant **empêcher ces risques de se concrétiser**. Les facteurs de contrepoids compensent donc les effets anticoncurrentiels (N 935).

1000 Les parties peuvent premièrement alléguer, à l'appui de leur concentration, le fait que **d'autres concurrents peuvent entrer sur le marché**. Cette potentialité exerce une pression concurrentielle disciplinante sur l'entité résultante, de telle sorte qu'un comportement de monopoleur ou coordonné ne lui est pas possible, sans créer simultanément une opportunité d'entrée sur le marché pour un nouveau concurrent (N 939).

1001 Ce facteur de contrepoids est retenu si l'entrée de nouveaux concurrents est à la fois **probable** (N 941), à **court terme** (N 951) et **suffisante** pour empêcher les effets anticoncurrentiels (N 953).

1118 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 279.

1119 Affaire T-399/16, *CK Telecoms UK c. Commission*, para. 279.

L'entité résultante peut deuxièmement être disciplinée par des **cocontractants** – des clients ou des fournisseurs – disposant d'un pouvoir de marché suffisant pour la dissuader d'adopter un comportement anticoncurrentiel (N 960). Certains paramètres du marché peuvent être déterminants, tel que le degré de concentration du marché des cocontractants ou la tendance des clients à diversifier leurs sources d'approvisionnement (N 962). 1002

Les **gains d'efficacité** réalisés par l'entité résultante sont un troisième argument important apporté par les parties pour justifier leur concentration. Leur nature est variée, mais nous avons mis en évidence quelques exemples. Ils peuvent être principalement liés à des rationalisations organisationnelles et structurelles, des économies d'échelles, une rationalisation des coûts fixes sur une plus large production (N 970). 1003

Les gains d'efficacité doivent répondre à des **conditions** strictes pour pouvoir justifier la concentration qui risque d'entraver la concurrence. Les parties doivent convaincre que ceux-ci sont à l'avantage des consommateurs, vérifiables et propres à l'opération de concentration (N 985). 1004

VI. Les mesures correctives

Après quelques remarques générales (A.), nous examinons les mesures structurelles (B.), les mesures comportementales (C.), avant de formuler des conclusions intermédiaires (D.). 1005

A. Remarques générales

Le Règlement 139/2004 prévoit que la Commission peut déclarer la concentration compatible avec le marché commun si les parties apportent des modifications avant ou pendant la procédure (art. 6 para. 2 et art. 8 para 2 Règlement 139/2004). Le but de ces mesures correctives est de **résoudre** les potentiels effets anticoncurrentiels que pourrait engendrer la concentration¹¹²⁰. 1006

Tandis que les facteurs de contrepoids (N 935) contrebalancent les effets négatifs de la concentration, les mesures correctives visent à empêcher la naissance d'effets anticoncurrentiels en **restaurant la concurrence effective**¹¹²¹. 1007

¹¹²⁰ Communication de la Commission concernant les mesures correctives recevables conformément au Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil et au Règlement (CE) n° 802/2004 de la Commission (2008/C 267/01), para. 2.

¹¹²¹ Affaire COMP/M.7962, *ChemChina/Syngenta*, para. 1968.

- 1008 Les mesures correctives peuvent être de deux natures, **soit structurelles, soit comportementales**. Elles peuvent être prononcées sous formes de conditions (N 546) ou de charges (N 547). La Commission privilégie les mesures structurelles, en tant que garanties du maintien d'une structure de marché compétitive et partant qu'elles ne nécessitent pas de mesure de surveillance de leur respect. Elle examine au cas par cas si une mesure corrective est susceptible d'éliminer entièrement l'entrave potentielle à la concurrence effective et quel type de mesure est de nature à conduire au résultat escompté, dans un bref délai¹¹²².
- 1009 La Commission n'est **pas en mesure de fixer unilatéralement** des conditions aux fins de l'octroi d'une décision d'autorisation mais ne peut le faire que sur la base des engagements soumis par les parties. Elle est chargée d'informer les parties de ses préoccupations sur le plan de la concurrence afin de leur permettre de proposer des mesures correctives appropriées et correspondantes¹¹²³.
- 1010 Entre 2004 et 2019, la Commission a assorti sa décision de conditions et de charges dans 274 décisions sur 5'251, soit 5.22%¹¹²⁴. Les **cessions sont les mesures préférées** de l'autorité, qui constituent 71% des cas de mesures correctives entre 2011 et 2016¹¹²⁵.

B. Les mesures structurelles

- 1011 Les mesures structurelles modifient l'allocation des droits de propriété et peuvent créer de nouvelles entités distinctes. Elles incluent en particulier la cession de tout ou partie d'une activité commerciale à un tiers (1.) et l'élimination de liens avec les concurrents (2.)¹¹²⁶.

1. La cession de l'activité à un acquéreur approprié

- 1012 La cession d'activité à un acquéreur approprié est **la forme la plus courante** de mesure structurelle¹¹²⁷. Elle vise à maintenir la concurrence sur un marché

1122 Communication concernant les mesures correctives, para. 15 et 16 ; JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1175 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 16, p. 244 ; VOGEL, *European Competition Law*, p. 616.

1123 Communication concernant les mesures correctives, para. 6.

1124 Cf. Annexe II.

1125 MOSSO, *Merger Enforcement*, p. 15.

1126 Communication concernant les mesures correctives, para. 22 ; VASCONCELOS, *Efficiency Gains and Structural Remedies in Merger Control*, p. 743.

1127 BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR, *Mergers*, n° 5.1055 ; JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1175.

pertinent après l'opération de concentration envisagée, soit en créant une nouvelle source de concurrence par la cession d'une part d'entreprise ou d'actifs stratégiques à une nouvelle entité sur le marché, soit en renforçant la position d'un autre concurrent déjà actif sur le marché pertinent et indépendant des parties à la concentration¹¹²⁸.

La Commission doit imposer la cession d'une activité précisément déterminée (a.), qui soit viable (b.), à un cessionnaire approprié (c.) et peut éventuellement accepter un règlement préalable des parties ou un acquéreur initial (d.). 1013

a. L'étendue de l'activité cédée

La Commission privilégie la cession d'une **activité autonome existante**, par exemple une société ou un groupe de sociétés préexistants, ou une activité qui jusque-là n'était pas constituée en société¹¹²⁹. 1014

L'étendue de l'activité à céder doit être **clairement définie** et comprendre tous les actifs, de même que l'ensemble du personnel, nécessaires pour garantir sa viabilité et sa compétitivité¹¹³⁰. Les parties doivent en outre fournir une description précise de l'étendue de l'activité à céder, qui mentionne les éléments faisant partie de l'activité, à savoir les immobilisations corporelles et incorporelles, les licences, permis et autorisations, les contrats au profit de l'activité à céder, ou des fichiers de clients et de crédits transférés¹¹³¹. 1015

Le personnel transféré ainsi que ses membres essentiels à la viabilité et la compétitivité de l'activité doivent être **précisément désignés**¹¹³². Si certains membres du personnel sont fonctionnellement rattachés à l'activité cédée mais ne devraient pas être transférés, ils doivent également être expressément exclus des engagements des parties et faire l'objet d'une justification démontrant que dite exclusion n'affecte en rien la viabilité et la compétitivité de l'activité¹¹³³. La Commission réserve en outre les directives du Conseil sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises¹¹³⁴. 1016

1128 **BENGTTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1058 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *Euro-pean Merger Control*, n° 16, p. 245 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.22.

1129 Communication concernant les mesures correctives, para. 33.

1130 Communication concernant les mesures correctives, para. 25.

1131 Affaire COMP/M.7962, *ChemChina/Syngenta*, para. 1977.

1132 Communication concernant les mesures correctives, para. 27.

1133 Communication concernant les mesures correctives, para. 29 ; Affaire COMP/M.7962, *ChemChina/Syngenta*, para. 1974.

1134 Communication concernant les mesures correctives, para. 27 ; Cf. ég. **BOTTERON**, *Transfert des rapports de travail*, p. 4.

1017 Dans l'**affaire ChemChina/Syngenta**, les parties n'entendaient pas transférer de personnel avec l'activité cédée, ce qui compromettait sa viabilité de l'avis de la Commission, qui a contraint les parties à mettre leur personnel clé à disposition d'un acquéreur si celui-ci ne disposait pas déjà des employés qualifiés¹¹³⁵.

b. L'activité viable

1018 Les parts d'entreprise ou l'activité cédée doit consister en une activité viable à même de **concurrencer effectivement et durablement** l'entité issue de la concentration¹¹³⁶. Une activité viable est une activité commerciale qui peut être rentable indépendamment des parties à la concentration, notamment par rapport à sa fourniture en matières premières ou à l'écoulement de sa production¹¹³⁷.

c. Le cessionnaire approprié

1019 L'entité cessionnaire doit être appropriée¹¹³⁸. Ce critère est évalué en fonction de la capacité et de la volonté du cessionnaire à pouvoir **concurrencer immédiatement et effectivement** l'entité issue de la concentration, en rétablissant ou en maintenant la concurrence sur le marché¹¹³⁹.

1020 La cession de l'activité indépendante à une entité tierce est donc une **double sécurité** pour la Commission, dans la mesure où elle requiert à la fois que l'activité cédée soit viable à elle seule, avec ses actifs et son personnel et à même de perdurer avec ses propres ressources, et à la fois, l'entité cessionnaire doit être elle-même apte à gérer cette activité autonome et indépendante de manière à garantir la concurrence future sur le marché.

1021 Dans l'**affaire Danone / The Whitewave Foods Company**, la Commission a accepté la cession sous licence des droits de distribution d'un produit faisant l'objet de recoupements entre les parties, sur un marché géographique

1135 Affaire COMP/M.7962, *ChemChina/Syngenta*, para. 2008 et 2019.

1136 Communication concernant les mesures correctives, para. 23; Affaire COMP/M.7962, *ChemChina/Syngenta*, para. 1973; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1060; **JONES/SUFRIN/DUNNE**, *EU Competition Law*, p. 1176; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 18, p. 245; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.24; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 617.

1137 Communication concernant les mesures correctives, para. 28 et 32, **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 23, p. 246; **KËLLEZI**, *Mesures correctives*, p. 86; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, N., 14.25.

1138 Communication concernant les mesures correctives, para. 23; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1075; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 43, p. 251; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 617.

1139 **KËLLEZI**, *Mesures correctives*, p. 87; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.27.

national, accompagné de formules et recettes de production ainsi que d'un manager comme personne clé pour la gestion du produit. La licence s'étend sur plusieurs années et est suivie d'un black-out de plusieurs années également, durant lequel les parties à la concentration ne sont pas en droit de distribuer le produit sur le marché en question. L'activité cédée doit l'être à un acquéreur approprié ayant des ressources financières, en particulier pour supporter les frais de rebranding du produit cédé sous licence, de même qu'une expertise démontrée dans le milieu industriel¹¹⁴⁰.

d. Le règlement préalable et l'acquéreur initial

La Commission peut accepter une solution venant des parties sous forme de règlement préalable (1°) ou d'acquéreur initial (2°). 1022

1° Le règlement préalable. Par un règlement préalable¹¹⁴¹, les parties à la concentration peuvent anticiper les entraves à la concurrence que l'opération envisagée est susceptible d'occasionner et conclure, avec un tiers à qui elles cèdent une partie de leurs activités, un accord contraignant décrivant les points essentiels de l'achat, en amont ou pendant la procédure d'examen de la concentration¹¹⁴². La Commission décide alors, dans le cadre de sa décision finale sur la concentration, si la cession de l'activité suffit à contrer les effets anticoncurrentiels de l'opération¹¹⁴³. 1023

Le règlement préalable permet aux parties à la concentration de céder une activité particulière, même dans le cas où le critère de sa viabilité ne serait pas parfaitement rempli. Lorsque le cessionnaire est identifié, la Commission peut prendre en compte les ressources de l'acquéreur dans l'examen de la mesure corrective, augmentant ainsi les chances d'admission¹¹⁴⁴. La Commission se dit favorable à une telle pratique¹¹⁴⁵. 1024

1140 Affaire COMP/M.8150, *Danone / The Whitewave Foods Company*, para. 160ss, 169.

1141 La terminologie anglaise « *fix-it first* » est fréquemment utilisée pour faire référence au règlement préalable ; BENGSSON/CARPI-BADIA/KADAR, *Mergers*, n° 5.1080 ; VOGEL, *European Competition Law*, p. 618.

1142 JONES/SUFRIN/DUNNE, *EU Competition Law*, p. 1176.

1143 Communication concernant les mesures correctives, para. 56 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 14.41.

1144 Communication concernant les mesures correctives, para. 30 et 56.

1145 Communication concernant les mesures correctives, para. 57 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 52, p. 254 ; Voir Affaire COMP/M.7637, *Liberty Global / Base Belgium*, paras. 517ss.

1025 **2° L'acquéreur initial.** La solution de l'acquéreur initial¹¹⁴⁶ va plus loin en soumettant les parties à l'obligation de **conclure un accord** contraignant avec un acquéreur pour l'activité cédée, approuvé par la Commission, avant de clôturer l'opération notifiée¹¹⁴⁷.

1026 Cette méthode peut être indispensable lorsque le transfert d'une part de l'activité des parties à la concentration risque de rencontrer des écueils importants, tels que des droits de parties tierces, ou des **incertitudes liées à la recherche d'un acquéreur approprié**. La méthode de l'acquéreur initial permet à la Commission d'éliminer les doutes qu'elle pourrait avoir sur la réalisation effective de la mesure corrective¹¹⁴⁸.

1027 L'acquéreur initial permet également d'**éviter un risque** pour le maintien de l'activité à céder qui pourrait survenir en raison de l'examen de la concentration. La stabilisation de la situation de l'activité cédée en amont de l'examen de la concentration garantit à la Commission un plus haut degré de certitude de la mise en œuvre avec succès de la cession de l'activité, augmentant ainsi les chances d'une autorisation de la concentration¹¹⁴⁹.

1028 Dans l'**affaire NXP Semiconductors / Freescale Semiconductor**, la Commission a imposé que les parties ne clôturent pas l'opération notifiée avant qu'elles ne concluent un accord contraignant final avec un acquéreur pour l'activité cédée, qui soit validé, tant quant à l'identité de l'entité cessionnaire que quant aux termes de la vente¹¹⁵⁰.

2. L'élimination de liens avec les concurrents

1029 L'élimination de liens avec des concurrents fait partie, avec la cession de l'activité à un acquéreur approprié, des **solutions privilégiées** par la Commission¹¹⁵¹.

1030 Les parties peuvent s'engager à **éliminer des liens structurels** entre elles et des concurrents lorsque ces liens contribuent aux problèmes identifiés. Les parties peuvent soit céder une participation commune ou individuelle

1146 La terminologie anglaise « *up-front buyer* » est fréquemment utilisée pour faire référence à l'acquéreur initial.

1147 Communication concernant les mesures correctives, para. 53.

1148 Communication concernant les mesures correctives, para. 54 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 47, p. 252 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 14.42.

1149 Communication concernant les mesures correctives, para. 55 ; ROSENTHAL/THOMAS, *European Merger Control*, n° 49, p. 253 ; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 14.43.

1150 Affaire COMP/M.7583, *NXP Semiconductors / Freescale Semiconductor*, para. 239.

1151 Communication concernant les mesures correctives, para. 61 ; BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR, *Mergers*, n° 5.1083.

chez l'un de leur concurrent afin de supprimer un lien structurel, ou renoncer aux droits liés à certaines participations chez un concurrent, tels qu'une représentation au conseil d'administration, un droit de veto à l'assemblée générale ou des droits à l'information¹¹⁵². La Commission examine au cas par cas si les participations chez un concurrent sont de nature à entraver de manière significative la concurrence effective et n'a pas établi de seuil à partir duquel elle présume à l'existence d'une entrave¹¹⁵³.

Dans l'affaire *Deutsche Börse / NYSE Euronext*, les parties ont garanti l'accès à certaines de leurs infrastructures à des tiers, sélectionnés par un comité *ad hoc* composé, selon le projet initial, de quatre membres dont un externe. Les parties ont dû modifier cette composition pour diminuer leurs liens structurels dans un comité ayant un pouvoir sur leurs concurrents, pour la porter à huit membres dont quatre externes et une présidence assurée par un membre interne aux parties, ayant le pouvoir de trancher en cas d'égalité des voix¹¹⁵⁴. 1031

Les liens avec des concurrents peuvent également prendre la forme de liens contractuels des concurrents actifs sur le même marché, comme **des accords de distribution** avec des concurrents, ou des accords favorisant l'émergence de comportements coordonnés¹¹⁵⁵. 1032

Dans l'affaire *Lufthansa / Swiss*, les parties se sont engagées à mettre fin aux accords d'alliance de Swiss avec American Airlines et Finnair, lesquels engendraient un risque d'entrave à la concurrence sur des paires de destinations communes aux compagnies¹¹⁵⁶. 1033

Pour que l'élimination de liens avec des concurrents résolve efficacement pour résoudre un problème de concurrence, il est impératif que le concurrent en question continue de distribuer à l'avenir son produit et d'**exercer une pression concurrentielle** effective sur les parties à la concentration¹¹⁵⁷. 1034

C. Les mesures comportementales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons ici quelques mesures comportementales : l'abstention d'adopter un comportement anti- 1035

1152 Communication concernant les mesures correctives, para. 58 et 59 ; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1084 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 56, p. 256.

1153 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 58, p. 257.

1154 Affaire COMP/M.6166, *Deutsche Börse / NYSE Euronex*, para. 1359 et 1369.

1155 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 60, p. 258.

1156 Affaire COMP/M.3770, *Lufthansa / Swiss*, para. 197.

1157 Communication concernant les mesures correctives, para. 60.

concurrentiel (2.), l'octroi d'accès à des infrastructures clés (3.), les modifications de contrats d'exclusivité (4.), et la gestion séparée des actifs des parties (5.).

1. Remarques générales

1036 Les mesures comportementales sont des engagements de la part des parties de ne **pas adopter certains comportements** commerciaux anticoncurrentiels. Ces mesures n'ont pas la faveur de la Commission, qui indique qu'ils ne font généralement pas disparaître les problèmes de concurrence résultant de recoupements horizontaux¹¹⁵⁸. Or, la Commission n'admet en principe une mesure alternative aux cessions ou à l'élimination des liens avec les concurrents que lorsque celle-ci équivaut, dans ses effets, au moins à une cession¹¹⁵⁹.

1037 L'une des raisons de cette rétivité, outre l'absence des avantages des mesures structurelles évoques plus haut (N 1008), réside dans le fait que la mesure comportementale nécessite la mise en place par l'autorité d'un **système de surveillance** de l'application de la mesure, impliquant des ressources, du personnel spécialisé et du temps¹¹⁶⁰.

1038 La Commission a appliqué une politique d'admission **très restrictive** des mesures comportementales jusqu'à l'arrêt de la Cour de justice *Commission c. Tetra Laval* en 2005, qui a donné tort à la Commission qui considérait que des promesses de type comportemental étaient contraires à la politique déclarée de la Commission sur les mesures correctives et à l'objectif du règlement sur les concentrations¹¹⁶¹.

1039 La Commission accepte désormais exceptionnellement des mesures comportementales émanant des parties, en particulier si les **retours des concurrents** dans le cadre du test de marché tendent à indiquer que celles-ci suffisent à empêcher l'effet anticoncurrentiel de se produire¹¹⁶².

2. L'abstention d'adopter un comportement anticoncurrentiel

1040 Dans sa Communication sur les mesures correctives, la Commission indique qu'à titre exceptionnel, elle peut admettre des types de mesures correctives

1158 Communication concernant les mesures correctives, para. 69.

1159 Communication concernant les mesures correctives, para. 61.

1160 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 76, p. 265 ; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.65 **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 618.

1161 Affaire C-12/03 P, *Commission c. Tetra Laval*, para. 88 ; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 77, p. 265.

1162 Affaire COMP/M.8124, *Microsoft/Linkedin*, para. 460 ; Affaire COMP/M.7873, *World-line/Equens/Paysquare*, para. 333 ; Affaire COMP/M.7449, *SNCF Mobilités/Eurostar International Limited*, para. 47 - 72.

non structurelles tels qu'un engagement de la part des parties à ne pas adopter certains comportements commerciaux, notamment dans le cadre de concentrations conglomerates¹¹⁶³.

Dans l'**affaire Microsoft/LinkedIn**, les parties se sont engagées à ne pas lier leurs produits, à savoir à ne pas préinstaller l'application de LinkedIn sur les ordinateurs Windows distribués dans l'Espace Economique Européen¹¹⁶⁴.

Dans l'**affaire GE/Honeywell**, les parties se sont également engagées à ne pas lier la vente de produits de GE à celle de produits de Honeywell, sauf sur demande écrite des clients allant dans ce sens et ont proposé de mettre en place un système d'arbitrage auquel tout tiers pourrait avoir recours¹¹⁶⁵.

3. L'octroi d'accès à des infrastructures clés

Les parties peuvent s'engager à octroyer un **accès aux infrastructures**, réseaux et technologies clés, notamment aux brevets, au savoir-faire ou à d'autres droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'aux intrants indispensables¹¹⁶⁶.

Les engagements autorisant l'accès visent à **faciliter l'entrée de concurrents** sur le marché et peuvent être admis par la Commission, à condition qu'il existe une indication suffisamment claire qu'une entrée de nouveaux concurrents susceptibles d'éliminer toute entrave significative à l'exercice d'une concurrence effective, aura effectivement lieu¹¹⁶⁷.

Les autorisations d'accès aux infrastructures essentielles et aux réseaux des parties peuvent également viser à **prévenir un verrouillage du marché** en éliminant le risque d'une utilisation exclusive. La Commission privilégiera une solution de type « acquéreur initial » ou « règlement préalable » qui garantit à l'avance la mise en œuvre de la mesure¹¹⁶⁸.

La Commission peut également accepter un engagement de mise à disposition ou de licence de technologies protégées par des droits de propriété

1163 Communication concernant les mesures correctives, para. 69.

1164 Affaire COMP/M.8124, *Microsoft/LinkedIn*, para. 453.

1165 Affaire COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, para. 499.

1166 Communication concernant les mesures correctives, para. 62; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1086; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 619 et 621 et notes 3470, 3476 et 3477.

1167 Communication concernant les mesures correctives, para. 63; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1087; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.73; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 64, p. 259.

1168 Communication concernant les mesures correctives, para. 64; **BENGTSSON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1088; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 66, p. 260.

intellectuelle pour empêcher un **verrouillage du marché par le blocage de l'accès à des intrants essentiels** à l'activité de concurrents¹¹⁶⁹.

1047 Dans l'**affaire Tetra Laval / Sidel**, les parties ont proposé de céder sous licence l'utilisation de certains brevets d'invention¹¹⁷⁰.

4. Les modifications de contrats d'exclusivité à long terme

1048 Les contrats à long terme peuvent rendre l'entrée sur le marché plus difficile en privant les concurrents potentiels d'accès à des intrants ou à des clients notamment. Les parties peuvent s'engager à **mettre fin ou à modifier significativement** leurs contrats d'approvisionnement exclusifs à long terme¹¹⁷¹. La Commission doit s'assurer qu'il ne demeurera pas un accord de fait de perpétuer les rapports contractuels malgré la fin formelle de ceux-ci. Pour cette raison, la Commission indique n'accepter une telle mesure qu'en lien avec d'autres mesures visant à annihiler les entraves à la concurrence¹¹⁷².

1049 La Commission peut aller au-delà et demander l'**établissement de nouveaux contrats** de livraison et de fourniture avec des tiers pour garantir à ces derniers de demeurer en concurrence, au moins durant une période de transition¹¹⁷³.

5. La séparation de gestion des actifs des parties

1050 Les parties peuvent enfin s'engager à **séparer le management** des actifs ou des activités des parties à la concentration afin d'éviter des effets de débordement et de partage de savoir-faire entre les entités¹¹⁷⁴.

1051 Dans l'**affaire Boeing / McDonnell Douglas**, les parties ont convenu de gérer séparément les activités d'aéronautique civile et militaire pour une période de dix ans afin d'éviter que les activités civiles bénéficient des recherches militaires dans une mesure telle que la concurrence effective soit entravée¹¹⁷⁵.

1169 Communication concernant les mesures correctives, para. 65; **KËLLEZI**, *Mesures correctives*, p. 93; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.76; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 68, p. 261.

1170 Affaire COMP/M.2416 *Tetra Laval / Sidel* (2003), para. 120.

1171 Communication concernant les mesures correctives, para. 67; **BENGTSOON/CARPI-BADIA/KADAR**, *Mergers*, n° 5.1091; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 71; **VOGEL**, *European Competition Law*, p. 620 s et notes 3471, 3474 et 3475.

1172 Communication concernant les mesures correctives, para. 68; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 14.77; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 72, p. 262.

1173 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, N.73 et 74, pp. 263 et 264.

1174 **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 75, p. 264.

1175 Affaire IV/M.877, *Boeing / McDonnell Douglas*, para. 121.

D. Conclusions intermédiaires

La Commission peut accepter d'ordonner des mesures pour supprimer le risque d'émergence d'effets anticoncurrentiels (N 1007). Nous avons constaté que la Commission peut opter pour des **mesures comportementales ou structurelles**, avec une préférence pour les secondes, qui présentent l'avantage de ne pas nécessiter de contrôle dans leur mise en œuvre (N 1008).

Les mesures structurelles sont essentiellement **des cessions de parties d'entreprises** qui se recoupent dans leurs activités avec celles de l'autre partie. L'une ou l'autre doit donc céder une entreprise ou une partie d'entreprise (N 1015) viable (N 1018) à un cessionnaire approprié (N 1019). Stratégiquement, les parties préféreront présenter leur concentration à l'autorité avec un acquéreur déjà prêt à reprendre les parties d'entreprises désignées par les parties elles-mêmes. Les parties sont en effet les mieux à même d'identifier les activités pouvant le plus efficacement être transférées à un tiers. La solution de l'acquéreur initial est également avantageuse pour les parties, puisqu'elle leur permet de définir à leur meilleur avantage quelle partie d'entreprise il convient de transférer et surtout en faveur de quel cessionnaire (N 1023). Pour l'autorité, la situation est la plus indiquée pour garantir que ses préoccupations sur le plan de la concurrence seront écartées (N 1025).

La Commission accepte également des **mesures comportementales**, lorsque celles-ci équivalent dans leurs effets à une cession (N 1036). La formulation de la Communication concernant les mesures correctives met en évidence la préférence que la Commission accorde à une cession.

A titre d'**exemples**, citons l'engagement de ne pas adopter de comportement spécifique ayant un effet anticoncurrentiel (N 1040), l'octroi d'accès à des infrastructures clés (N 1043), la modification de contrats d'exclusivité à long terme (N 1048) et la gestion séparée des actifs des parties (N 1050).

VII. Une conclusion

Nous avons étudié dans ce chapitre le contrôle des concentrations sous le régime du droit de l'Union européenne.

Le test SIEC est **un test hybride**, entre un test structurel et un test fondé sur les effets de la concentration sur la concurrence sur le marché (N 638).

Le test permet à la DG Concurrence d'intervenir ou de soumettre à conditions une concentration qui **entrave de manière significative la concurrence effective** (N 632).

- 1059 L'autorité procède **par étapes**. Elle va déterminer d'abord quels marchés géographiques et des produits sont concernés par la concentration (N 648). Elle examine ensuite les risques d'effets anticoncurrentiels. Elle envisage une liste de critères du test selon que la concentration est horizontale (N 713), verticale (N 792) ou conglomerale (N 864). Elle détermine ensuite si un lien de causalité existe entre la concentration et l'entrave significative à la concurrence effective (N 907). Si ce lien est établi, l'autorité recherche des éventuels facteurs de contrepoids qui pourraient contrebalancer les effets anticoncurrentiels de la concentration (N 935), tels que la concurrence potentielle (N 937), la puissance d'achat compensatrice des cocontractants (N 956), ou les gains d'efficacité réalisés grâce à l'opération (N 965). Enfin, la Commission envisage quelles modifications elle pourrait requérir des parties, pour que leur concentration n'engendre pas d'effets anticoncurrentiels (N 1005). Il s'agit en particulier de cessions de parties d'entreprises ou de mesures comportementales.
- 1060 Nous avons établi dans ce chapitre des **statistiques d'intervention** de la Commission, sur la base des chiffres fournis par l'autorité (N 644). Ces données nous permettent de déterminer, dans une démarche comparative, quel est l'effet sur les concentrations, du test SIEC appliqué par la Commission européenne.
- 1061 Parmi les points saillants du test SIEC, nous avons mis en évidence la prise en compte des **effets unilatéraux** par l'autorité, qui avait été expressément voulue lors de l'adoption du Règlement 139/2004 (N 719), l'admission d'un nouveau **lien de causalité** entre la concentration et l'entrave significative à la concurrence effective lorsque le marché était déjà dépourvu de concurrence avant l'opération pour d'autres raisons (N 915) et la prise en compte de **gains d'efficacité** expressément prévus par les Lignes directrices et le Règlement 139/2004 (N 965).
- 1062 Nous avons enfin appliqué la **typologie (A-B-C-D) proposée dans le cadre de l'examen suisse** des concentrations aux tests prévus par la Commission européenne en fonction du type de concentration. Cette démarche est rendue possible parce que les critères examinés en fonction du type de concentration sont fondamentalement les mêmes (N 901).

Chapitre 5 :

Le test matériel du contrôle des concentrations en droit américain

En application de la deuxième étape de notre **méthode comparative** (N 21), nous présentons ci-après le droit américain. 1063

Ce chapitre contient quelques généralités sur le test matériel permettant aux Agences d'intervenir dans les concentrations (I.) puis nous examinons les phases du test, qui comprennent la détermination du marché pertinent (II.), les effets anticoncurrentiels susceptibles d'être engendrés en fonction du type de concentration (III.), le lien de causalité entre la concentration et les effets anticoncurrentiels (IV.), les facteurs de contrepoids compensant les effets anticoncurrentiels (V.) et les mesures correctives permettant de supprimer l'émergence d'effets anticoncurrentiels (VI.). Nous terminons par une conclusion (VII.). 1064

I. Le test

Nous présentons dans cette partie le test américain en s'arrêtant sur la base légale (A.) la définition (B.), les conditions (C.), la mise en œuvre (D.) et la pratique des autorités (E.). 1065

A. La base légale

En droit américain, le siège de la matière du test SLC (*Significant Lessening of Competition*) (N 56) du contrôle des concentrations se trouve à la Sect. 7 du *Clayton Act* du 15 octobre 1914 (N 177). Le test prévoit qu'« aucune entité exerçant une activité commerciale ne peut acquérir directement ou indirectement, 1066

tout ou partie des actions ou des actifs d'une autre personne exerçant une activité commerciale si cette acquisition peut conduire à une **diminution substantielle de la concurrence ou tendre à créer un monopole** »¹¹⁷⁶.

1067 La Sect. 7 du *Clayton Act* concerne les concentrations horizontales, verticales et conglomerates¹¹⁷⁷ (N 54). La FTC et le DOJ (ensemble : « les Agences ») ont émis conjointement des **Guidelines** sur l'analyse des concentrations horizontales, dont la dernière version date de 2010 (N 185). Quant aux concentrations verticales, de nouvelles *Guidelines* ont été adoptées le 30 juin 2020 par le DOJ et la FTC (N 188). Toutes ces *Guidelines* énumèrent les conditions qui peuvent fonder une diminution substantielle de la concurrence, ainsi que des facteurs rendant une contestation devant les tribunaux plus probable¹¹⁷⁸.

1068 Les effets anticoncurrentiels des concentrations sont pour certains déjà appréhendés par d'autres règles de droit de la concurrence. Il en va par exemple de la Sect. 3 *Clayton Act* et Sect. 1 *Sherman Act* qui proscrivent les accords portant sur l'éviction de concurrents. Néanmoins la Sect. 7 *Clayton Act* interdit les concentrations qui peuvent conduire à une diminution substantielle de la concurrence, ce qui permet aux Agences d'intervenir en prévision de la potentielle mise en œuvre de comportements anticoncurrentiels¹¹⁷⁹.

B. La définition

1069 L'**acquisition** au sens de la disposition inclut l'acquisition partielle d'une entité, ce qui implique que l'acquisition d'une participation minoritaire peut également faire l'objet d'un contrôle¹¹⁸⁰.

C. Les conditions

1070 Les *Guidelines* sur les concentrations horizontales visent à empêcher une concentration de se réaliser si elle tend à **créer, augmenter ou renforcer le**

1176 La Section 7 du *Clayton Act*, prévoit que « *No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.* » ; **SAGERS**, *Antitrust*, p. 271.

1177 **KESSLER/WEBER WALLER**, *Antitrust Law*, §3:2, p. 87; §3:6, p. 96 et §3:7, p. 98.

1178 **KESSLER/WEBER WALLER**, *Antitrust Law*, §3:5, p. 91.

1179 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 754.

1180 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 13; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 664 et p. 743.

pouvoir de marché, ou facilite son exercice¹¹⁸¹. Ce but est déjà mentionné dans les *Guidelines* de 1984¹¹⁸². Il est donc valable pour les concentrations non horizontales également. Une concentration augmente le pouvoir de marché de l'entité résultante si elle est susceptible de lui permettre d'augmenter les **prix**, de réduire la **quantité** ou la **qualité** de la production, de diminuer l'**innovation** ou de porter préjudice à la clientèle par une diminution des pressions concurrentielles¹¹⁸³.

La **position dominante** de l'entité résultante n'est pas une condition 1071 nécessaire pour prononcer une interdiction. La structure du marché est seulement une condition ou, à tout le moins, un indice important d'une baisse de concurrence. Le test donne la priorité à l'évaluation d'indices étrangers à la structure du marché pour déterminer le comportement de l'entité résultante après la concentration. Il est donc essentiellement **comportemental**¹¹⁸⁴. Le test appréhende également les concentrations survenant sur un marché où la concurrence est déjà diminuée avant l'opération¹¹⁸⁵.

Le test vise également les concentrations qui ont pour effet **d'empêcher 1072 l'augmentation de la concurrence**¹¹⁸⁶. Pour le contrôle des concentrations, une interprétation similaire revient à considérer anticoncurrentielle une concentration dont l'effet est de maintenir un niveau constant de concurrence sur un marché qui aurait été davantage concurrentiel sans la concentration¹¹⁸⁷. Ainsi une entité qui dispose déjà d'un fort pouvoir de marché et qui procède à une concentration pour empêcher un nouveau concurrent d'entrer, maintenant ainsi un statu quo sur le niveau de concurrence, viole déjà la Sect. 7 du *Clayton Act*. Par analogie, certains auteurs défendent que la diminution substantielle de la concurrence inclut également la non-augmentation de la concurrence¹¹⁸⁸.

Les Agences doivent prouver que la concentration va créer une diminu- 1073 tion **substantielle** de la concurrence. Celle-ci doit être « suffisamment probable et imminente » pour que les Agences puissent obtenir gain de cause

1181 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 1; **BRODER**, *Enforcement*, n° 5.12.

1182 DOJ Merger Guidelines 1984, § 1.0.

1183 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect 1; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 668.

1184 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 668.

1185 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 916c, p. 165 s.

1186 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 686.

1187 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 687.

1188 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 907, p. 53 s; cf. ég. DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3 qui considèrent également anticoncurrentielle une concentration dont est partie une entité disposant d'une capacité d'augmenter sa production et dont l'effet de la concentration serait de l'en dissuader.

devant les tribunaux. Même si une certitude de la diminution substantielle n'est pas requise, la simple possibilité que la concentration génère des effets anticoncurrentiels n'est pas suffisante¹¹⁸⁹.

D. La mise en œuvre

- 1074 Les Agences conduisent une analyse hypothétique et prévisionnelle du résultat de la concentration. Elles doivent prendre une décision mettant en **balance** le risque que fait peser la concentration sur la concurrence avec les intérêts des parties à la concentration¹¹⁹⁰.

E. En pratique

- 1075 Afin de déterminer si la concentration peut engendrer des effets anticoncurrentiels, les Agences vont procéder selon les étapes suivantes :
- identifier le ou les **marchés concernés** par la concentration (II.) ;
 - identifier le **type d'effet anticoncurrentiel** potentiel généré en fonction du type de concentration (III.) ;
 - déterminer si la concentration est **liée causalement** à un potentiel effet anticoncurrentiel (IV.) ;
 - déterminer si les effets anticoncurrentiels peuvent être **contrebalancés** par des effets proconcurrentiels générés par la même concentration (V.) ;
 - déterminer si les parties peuvent prendre des **engagements** de nature à annihiler les effets anticoncurrentiels (VI.).
- 1076 Un projet de modification du contrôle matériel est pendant devant le Sénat depuis 2017. Il est proposé par la Sénatrice Amy Klobuchar et vise à modifier le contrôle des concentrations en permettant aux Agences d'intervenir contre les concentrations qui ont pour effet de « **diminuer matériellement la concurrence** » dans le but que la partie plaignante n'ait plus à démontrer une diminution substantielle de la concurrence, mais toute diminution qui dépasse le cas bagatelle (« *de minimis* »)¹¹⁹¹.
- 1077 La motivation de son auteure est de « rétablir **l'intention originale du Clayton Act** », de pouvoir répondre à une panoplie complète d'effets anticoncurrentiels, notamment la réduction de la qualité, du choix ou de

1189 Affaire *United States v. AT&T/Time Warner*, Memorandum opinion, N1N17-2511, US District Court, District of Columbia (2018), p. 51.

1190 **SAGERS**, *Antitrust*, p. 272.

1191 **KLOBUCHAR**, *Bill to amend the Clayton Act*, S. 1812, 115th Congress (2017), n° 23, p. 4.

l'innovation ; d'exclure les concurrents, de renforcer les barrières à l'entrée au marché ou d'augmenter les prix¹¹⁹².

Dans leur pratique, depuis 1997 et jusqu'au 31 décembre 2019, la FTC et le DOJ se sont vu notifier 49'034 concentrations. D'après leurs rapports d'activités annuels, **les autorités en ont contesté 1'001, ce qui représente un taux d'intervention de 2.04%**. Parmi celles-ci, avant le dépôt d'une plainte civile ou administrative, 420 ont été réglées par un accord entre les parties et l'autorité, ou restructurées, 235 ont été abandonnées et 341 ont fait l'objet d'une plainte civile ou administrative. 1078

Parmi les 341 plaintes déposées, 247 ont fait l'objet d'un accord avec l'autorité ou d'une restructuration après le dépôt de plainte, généralement par un *consent order*, soit une proposition de jugement déposée par l'autorité en même temps que la plainte¹¹⁹³. Des 94 plaintes restantes, 65 ont débouché sur un abandon de la concentration par les parties. **Les tribunaux ont rendu 15 décisions en défaveur des parties, qui ont mis fin définitivement à la concentration, soit 0.03%** de toutes les opérations notifiées. En outre, 12 décisions ont été rendues en faveur de l'opération et en défaveur des Agences. Les deux opérations restantes sont devenues sans objet en cours de procédure. L'une en raison d'un prononcé de faillite de l'une des parties et l'autre en raison du fait que les parties ont remplacé leur fusion par un contrat de partenariat soumis aux règles de leur Etat et échappant au contrôle des Agences¹¹⁹⁴. 1079

Il apparaît en somme, sur les 49'034 concentrations notifiées, que 987 ont été bloquées, abandonnées en raison d'une menace de blocage, soumises à charges et conditions ou restructurées. C'est un **taux de 2.01% de concentrations qui sont empêchées ou modifiées par le contrôle des Agences**. Parmi celles-ci, un total de 672 concentrations sont soumises à charges et conditions, soit 1.37%. 1080

Les concentrations dans le tableau suivant ont été **définitivement interdites** devant des tribunaux civils. Le concept de « concentration interdite » aux Etats-Unis n'est pas absolu. Parfois les parties abandonnent leur concentration en cours de procédure lorsque le procès semble se dérouler en leur défaveur. D'autres fois, les parties ne font pas appel de la décision de première instance leur interdisant leur concentration. Nous avons retenu ci-dessous les décisions finales interdisant les concentrations des parties. Les autres cas ont été comptés comme des abandons ou des retraits. 1081

1192 KLOBUCHAR, *Bill to amend the Clayton Act*, S. 1812, 115th Congress (2017), n° 13, p. 4.

1193 KRONENBERG, *Fusionskontrollverfahren*, p. 179.

1194 Cf. Annexe III ; FTC & DOJ, *Hart-Scott-Rodino Annual Report*, 1997 à 2019.

1082

Affaire	Référence
Staples / Office Depot	FTC v. Staples, Inc., 970 F. Supp. 1066 (D.D.C. 1997)
Cardinal Health / Bergen Brunswig	FTC v. Cardinal Health, Inc., 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998)
McKesson / AmeriSource Health	FTC v. Cardinal Health, Inc., 12 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 1998)
Tenet Healthcare Corporation	FTC v. Tenet Healthcare Corp. 17 F. Supp. 2d 937 (E.D. Mo. 1998)
Franklin Electric / United Dominion	U.S. v. Franklin Electric et al. 130 F. Supp. 2d 1025 (W.D. Wis. 2000)
Libbey, / Newell Rubbermaid	FTC v. Libbey, Inc., 211 F. Supp. 2d 34 (D.D.C. 2002)
United States v. UPM-Kymmene Oyj et al.	U.S. v. UPM-Kymmene Oyj, et al., (N.D. Ill. 2003)
Equitable Resources / Dominion Resources, Consolidated Natural Gas / The Peoples Natural Gas Company	FTC v. Equitable Resources, et al., (3d Cir. 2008)
ProMedica / St Luke’s Hospital	FTC v. ProMedica Health Systems, (N.D. Ohio 2011)
H&R Block / TaxACT	U.S. v. H&R Block et TaxAct, (D.D.C. 2011)
AT&T / T-Mobile	U.S. v. AT&T et T-Mobile, (D.D.C. 2011)
Anthem / Cigna	U.S. v. Anthem et Cigna, 236 F.Supp. 3d 171 (D.D.C. 2017)
Aetna / Humana	U.S. v. Aetna et Humana, 240 F.Supp. 3d 1 (D.D.C. 2017)
Penn State Hershey / Pinnacle Health	FTC v. Penn State Hershey et Pinnacle Health (M.D. Pa. 2017)
Energy Solutions / Waste Control Specialists	U.S. v. Energy Solutions, Inc. et al. (D. Del. 2017)

Concentrations interdites par des tribunaux civils entre 1997 et 2019

II. La détermination du marché pertinent

1083

Après quelques remarques générales (A.), nous examinons ici les tests de détermination du marché pertinent appliqués par les Agences (B.), avant de formuler des conclusions intermédiaires (C.).

A. Remarques générales

1084

La Sect. 7 du *Clayton Act* prévoit qu’une concentration est interdite si elle a pour effet de diminuer de manière substantielle la concurrence ou de tendre à la création d’un monopole sur toute ligne de commerce et toute section du

pays (N1066). Le **marché pertinent** est ainsi défini selon une composante relative au produit et selon une composante géographique¹¹⁹⁵.

Les Agences américaines définissent le marché dans deux buts principaux : premièrement pour déterminer sur quel marché de produit et dans quelle zone géographique les effets anticoncurrentiels se produisent et, deuxièmement, pour **identifier les participants** du marché pertinent et mesurer leurs parts ainsi que le degré de concentration du marché, ceci afin de mettre en lumière les effets anticoncurrentiels potentiels de la concentration¹¹⁹⁶.

La définition du marché tient compte uniquement de facteurs de substitution **du côté de la demande**. Les Agences concentrent leur analyse sur la capacité des clients de substituer le produit des parties à la concentration par un autre en réponse à une augmentation des prix ou à une réduction de la qualité. Les réactions du côté de l'offre sont également des indicateurs dans l'analyse de la concurrence, mais les *Guidelines* les utilisent comme paramètres pour identifier les acteurs du marché, la capacité d'entrer sur le marché de nouveaux entrants, les parts de marché et les effets anticoncurrentiels et non pour définir le marché¹¹⁹⁷.

Le marché des produits est constitué par tous les produits ou services raisonnablement interchangeable avec ceux des parties à la concentration¹¹⁹⁸. Il contient donc un produit et ses substituts, désignés ensemble comme un groupe de produits dans les *Guidelines*¹¹⁹⁹.

Le marché géographique se définit par la région dans laquelle le vendeur est actif et où le consommateur vient s'approvisionner¹²⁰⁰. La dimension géographique du marché dépend notamment des coûts de transport, de la langue, des obstacles réglementaires, des taxes d'exportations, des taux de change ou encore des formalités douanières, qui entravent les relations commerciales à distance¹²⁰¹. La taille du marché géographique dépend de la

1195 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963); Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 910C, p. 71.; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 509.

1196 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.

1197 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4; **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 543; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 509.

1198 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4; Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, (1962); Affaire *Federal Trade Commission v. Staples*, 970 F. Supp. 1066, (1997); cf. ég. CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 33.

1199 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4 et Sect. 4.1.

1200 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 148; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 513; cf. ég. CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 34.

1201 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 513.

nature du produit, des consommateurs et des fournisseurs¹²⁰². Le marché correspond en outre à un périmètre dans lequel un fournisseur peut vendre des produits avec un avantage de coûts sur un autre fournisseur en dehors de cette zone¹²⁰³. Le pouvoir de marché d'une entité sur un marché géographique doit lui permettre d'augmenter profitablement ses prix sans que les clients ne se détournent vers un autre marché et sans que d'autres concurrents puissent rapidement proposer leurs produits dans la zone envisagée¹²⁰⁴.

1089 Les Agences utilisent les **mêmes critères** dans la définition du marché des produits que dans la définition du marché géographique. Elles définissent ainsi un marché pertinent pour un produit dans un espace géographique¹²⁰⁵.

1090 Lorsque la délimitation du marché est peu claire, les Agences analysent en général les atteintes potentielles à la concurrence avant d'avoir circonscrit le marché pertinent. Les éléments permettant de déterminer les atteintes à la concurrence peuvent en effet permettre de déterminer le marché pertinent tout comme la définition du marché peut fournir des éléments démontrant l'atteinte à la concurrence¹²⁰⁶. La définition du marché n'est pas une fin en soi mais consiste davantage en **un indice** permettant aux Agences de déterminer avec quelles entreprises les parties sont en concurrence. Sa définition n'est pas toujours indispensable, en particulier lorsque d'autres preuves d'effets anticoncurrentiels de la concentration sont disponibles¹²⁰⁷.

1091 Dans leur définition du marché, les Agences utilisent notamment des tests **quantitatifs**, ainsi que des informations récoltées auprès des parties, de leurs concurrents et de leurs clients¹²⁰⁸.

B. Les tests de détermination du marché

1092 Pour déterminer si les produits ou les services offerts par les parties à la concentration sont **interchangeables** avec d'autres produits ou services, les Agences utilisent une série d'indices et de tests répartis en trois catégories.

1202 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 148 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 513.

1203 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 153.

1204 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 149.

1205 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 513.

1206 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4 ; **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 56.

1207 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 508.

1208 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 2.2, Sect. 4 et Sect. 4.2 ; Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

Elles recherchent d'abord des preuves d'une substitution passée (1.) ; elles recourent ensuite à une série de tests quantitatifs (2.) et enfin à des critères qualitatifs (3.).

1. La preuve d'une substitution dans un passé récent

Les Agences examinent les **preuves existantes d'une substitution passée** 1093 entre les produits et entre les zones géographiques. Pour ce faire, elles recherchent des exemples de variation de demande, soit de détournement d'achats des consommateurs en faveur d'un autre produit ou d'une autre région en réaction à une augmentation du prix relatif d'un produit, ou d'autres variations de qualité ou des modalités de vente¹²⁰⁹.

2. Les tests quantitatifs

Les Agences américaines utilisent des **tests quantitatifs** (N 232) pour déterminer le marché des produits et le marché géographique sur lequel les parties à la concentration sont actives. 1094

1° Le test du monopoleur hypothétique (SSNIP) (N 233). Dans l'**affaire** 1095 *Brown Shoe Co.*, la Cour suprême a défini les limites d'un marché des produits par l'interchangeabilité raisonnable de l'utilisation du produit, ou par l'élasticité croisée entre le produit et ses substituts¹²¹⁰. Lorsque les produits d'une partie à la concentration sont hautement substituables par un autre produit, les Agences américaines les incluent dans un même marché des produits¹²¹¹. Plusieurs marchés des produits peuvent être identifiés pour une même concentration¹²¹².

Le test du monopoleur hypothétique a été introduit par les *Guidelines* de 1096 1982 pour déterminer l'élasticité croisée de la demande¹²¹³. L'application du test du monopoleur hypothétique requiert que le marché des produits comprenne suffisamment de **substituts** afin que l'entité résultante dispose, après la concentration, d'un pouvoir de marché dépassant significativement celui qui prévaudrait sans la concentration¹²¹⁴.

1209 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.3 et Sect. 4.2.1 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 140.

1210 « *The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it.* » Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

1211 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 509.

1212 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.

1213 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1982, p. 4 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 509.

1214 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.1.

- 1097 **Sur le plan des produits**, le test consiste à définir un marché étroit et à demander aux clients pour quels produits de substitution ils se détourneraient en cas d'augmentation faible mais significative et durable de son prix (SSNIP). Le test part du postulat que, si un monopoleur hypothétique, en augmentant ses prix, perd un nombre de clients tel que l'augmentation du prix n'était pas profitable, cela signifie que les produits en faveur desquels les clients se sont détournés font partie du marché des produits examiné¹²¹⁵. Le test est conduit à nouveau jusqu'à ce que le monopoleur hypothétique soit à même d'augmenter ses prix de manière profitable, faute pour les acquéreurs de trouver d'autres produits de substitution¹²¹⁶.
- 1098 Les Agences appliquent généralement une hausse du prix faible mais significative et durable de 5%. Cependant, le caractère faible mais significatif d'une hausse de prix peut être **propre au produit** ou au marché analysé, ainsi qu'à la position des parties sur le marché. Les Agences utilisent donc parfois des hausses de prix plus faibles ou plus fortes que 5%¹²¹⁷.
- 1099 **Sur le plan géographique**, le test du monopoleur hypothétique consiste à envisager un fournisseur unique dans un marché géographique situé dans la zone d'activité des parties à la concentration. Si le monopoleur hypothétique peut profitablement imposer une augmentation faible mais significative et durable de ses prix, le test indique que les consommateurs ne peuvent pas détourner leurs commandes auprès d'un autre fournisseur en raison de barrières géographiques¹²¹⁸.
- 1100 Lorsque le marché géographique est défini sur la base de la **localisation des fournisseurs**, soit lorsque les produits sont acquis au lieu où se situe le fournisseur, toutes les ventes effectuées par des fournisseurs situés dans le marché géographique sont incluses, indépendamment de la localisation des clients¹²¹⁹.
- 1101 Lorsque le marché géographique est défini sur la base du **lieu de situation des acquéreurs**, soit lorsque les produits sont acheminés vers les acquéreurs, les ventes effectuées auprès de ces clients appartiennent au marché pertinent, indépendamment du lieu de situation des fournisseurs¹²²⁰.

1215 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.1 et 4.1.3 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 509.

1216 **BAKER**, *Market definition*, p. 144 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 510.

1217 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.2 ; **BAKER**, *Market definition*, p. 146 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 512.

1218 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2.1 et Sect. 4.2.2 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 514.

1219 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2.2.

1220 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2.2.

Le marché géographique dans ce cas ne sera pas déterminé par la zone habitée par les clients d'un fournisseur, mais par la zone jusqu'à laquelle ceux-ci sont prêts à se déplacer pour se procurer un bien de substitution en cas d'augmentation des prix du fournisseur ou du changement d'autres conditions de vente¹²²¹.

Le test du monopoleur hypothétique ne peut s'effectuer que sur un marché dont les prix sont à **un niveau concurrentiel**, faute de quoi les déviations des ventes risquent de désigner un autre produit comme faisant partie du même marché, alors que les consommateurs ne le choisissent qu'en raison d'une forte différence de prix et non en raison d'une réelle substitution dans l'utilisation qu'ils font du produit. Cette erreur méthodologique décrit la « *Cellophane-fallacy* », théorie tirée de l'affaire *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co* de 1956. Dans cette affaire, *Du Pont* détenait une position de monopoleur sur le marché de l'emballage en cellophane. Toute augmentation de ses prix produisait pourtant une forte diversion en faveur des autres types d'emballages flexibles tels que les emballages en papier ciré ou en glassine. Le choix du type d'emballage dépendait pourtant du produit à emballer et est donc en réalité peu interchangeable. La substitution était élevée en raison du fait que les emballages en cellophane étaient vendus à un prix de monopole. C'est en raison de l'excès du prix de la cellophane que les clients détournaient leurs achats pour d'autres produits moins bien adaptés, et non en raison de leur substituabilité. Le test SSNIP ne fonctionne pour déterminer si deux produits sont substituables que s'ils sont vendus à un prix en situation de concurrence (N 235)¹²²².

2° L'analyse de la perte critique. L'analyse de la perte critique est une variation de l'élasticité-prix de la demande (N 237). Lorsque les Agences disposent des données pertinentes, elles procèdent à l'analyse de la perte critique pour confirmer les résultats apportés par le test du monopoleur hypothétique (N 1095).

L'analyse de la perte critique consiste à déterminer si l'imposition d'une hausse faible, mais significative et durable des prix, induit un **bénéfice ou une perte** pour un monopoleur hypothétique.

L'analyse de la perte critique consiste à calculer le break-even du monopoleur hypothétique lorsqu'il augmente son prix. Elle diffère de l'analyse de l'optimisation du profit du monopoleur hypothétique telle qu'exposée

1221 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IIB*, ¶ 550a2, p. 330.

1222 Affaire *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co*, 351 U.S. 377 (1956) ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 139.

ci-dessus (N1095) par le fait qu'elle porte sur le **volume des ventes perdues** pour un produit en raison de l'augmentation de son prix, à bénéfice constant. Il s'agit d'une balance entre, d'un côté, l'augmentation du profit réalisé sur les unités vendues à un prix plus élevé, et de l'autre, la perte de profit causée par les ventes perdues. L'analyse de la perte critique détermine combien de volume de vente est perdu si l'entité résultante veut maintenir son bénéfice inchangé¹²²³. En comparaison, le test du monopoleur hypothétique vise à déterminer si les clients se détournent ou non en cas d'augmentation du prix (N1097).

1106 **3° L'élasticité-prix croisée de la demande.** L'élasticité-prix croisée de la demande est une mesure de la proportion d'acquéreurs qui se détournent vers un produit A en raison de l'augmentation du prix d'un produit B (N239). Si un nombre important de consommateurs se détournent vers l'autre produit, l'élasticité est élevée. Dans ce cas, les deux produits sont réputés appartenir au même marché des produits¹²²⁴. Ce test ne peut être conduit que sur un marché où les prix sont concurrentiels et pas fixés par une entité en situation de monopole (N1102).

1107 Les Agences cherchent d'autres indices pour déterminer si l'entité dont on compare le prix des produits **adopte déjà un comportement de monopoleur** ou non. Pour ce faire, elles peuvent avoir recours à une analyse des « chocs » passés pour déduire le pouvoir de marché de l'entité. Par exemple, si le fournisseur d'un composant du produit analysé a augmenté drastiquement son prix sur le marché des intrants et que l'entité examinée a été en mesure de répercuter immédiatement cette augmentation, préservant ainsi sa marge de profit, il y a de fortes chances qu'elle jouisse d'un pouvoir de marché¹²²⁵.

1108 Si les Agences se convainquent que les prix pratiqués sont des prix de monopoleur, elles doivent estimer quel est le **prix en situation de concurrence** pour appliquer une faible augmentation de prix afin de mesurer l'élasticité-prix croisée de la demande. Or estimer un prix de concurrence revient à déterminer le coût marginal d'un produit, ce qui n'est pas évident en pratique puisque les Agences ne peuvent s'en remettre qu'à des données fournies par l'entité en question¹²²⁶.

1223 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.1.3.

1224 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 137.

1225 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 141.

1226 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 552 ; AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IIB*, ¶ 539c, p. 326.

Sur le plan géographique, de la même manière que pour le marché des produits, l'élasticité-prix croisée de la demande (N1106) permet de déterminer, en cas d'augmentation faible mais significative et durable des prix de l'un des produits dans une zone géographique donnée, si l'entité perd des clients se détournant vers une autre zone géographique. Le cas échéant, cette autre zone géographique est ajoutée au marché géographique examiné¹²²⁷.

3. Les autres éléments d'appréciation qualitatifs

Sur le plan du marché des produits l'utilisation de tests qualitatifs est antérieure à l'analyse quantitative. Dans l'arrêt *Brown Shoe Co.*, en 1962, soit avant les *Guidelines* du DOJ de 1982 et l'introduction du test SSNIP¹²²⁸, la Cour suprême a retenu des critères qualitatifs pour définir l'existence d'un sous-marché¹²²⁹ des produits, tels que la reconnaissance de celui-ci par le public ou l'industrie, les caractéristiques particulières du produit et l'utilisation qu'il en est fait, l'existence d'une seule ou de plusieurs fabriques différentes, l'existence de clientèles distinctes ou de prix distincts, la sensibilité des clients aux variations de prix et l'existence de vendeurs spécialisés pour chaque produit¹²³⁰.

Dans l'**affaire *FTC v. Staples, Inc.*** le tribunal a retenu l'avis des parties qui se considéraient mutuellement comme leur première rivale, notamment en comparant leurs prix régulièrement¹²³¹.

Sur le plan géographique, l'analyse au cas par cas des préférences des consommateurs permet aux Agences d'affiner la définition de la dimension géographique du marché. En effet, certains marchés sont peu sensibles à des changements de prix en fonction des préférences des consommateurs¹²³².

Les Agences recueillent des informations sur les réactions de la clientèle en fonction de changements de prix pour les produits examinés par des **questionnaires qualitatifs**. Elles examinent en particulier les indices suivants¹²³³ :

- les entraves et **coûts liés au transport du produit** ou au déplacement du client vers une autre zone, en comparaison du prix du produit ;

1227 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IIB*, ¶ 551, p. 339 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 136.

1228 Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, (1962).

1229 Pour une définition, cf. CR Concurrence-**CLERC/KËLLEZI**, art. 4 al. 2 LCart n° 87.

1230 Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, (1962) ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 512.

1231 Affaire *FTC v. Staples*, 970 F. Supp. 1066 (1997) ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 512.

1232 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 141 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 513.

1233 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2.1.

- le besoin des fournisseurs de disposer d'une **présence proche des clients** pour fournir leur service ou du service après-vente ;
- des preuves de prises de décisions stratégiques des fournisseurs anticipant une redirection des commandes des clients **vers d'autres zones** en cas d'augmentation des prix ;
- les **coûts et retards** consécutifs à une redirection des commandes vers des entreprises situées dans d'autres zones ; ainsi que
- l'**influence de la concurrence** subie par les clients sur leur marché aval¹²³⁴.

C. Conclusions intermédiaires

1114 Les Agences disposent d'un large éventail de tests pour circonscrire le marché des produits et le marché géographique. Elles n'appliquent pas une liste strictement définie de tests, mais utilisent ceux qui sont le mieux à même de leur permettre de déterminer si les produits offerts par les parties sont **interchangeables** avec d'autres produits sur le marché (N 1092).

1115 Dans la définition du marché, les Agences cherchent des preuves d'une **substitution récente** (N 1093) entre les produits des parties et ceux de leurs concurrents. Elles cherchent également le potentiel de substituabilité de ceux-ci par le biais de **tests quantitatifs** (N 1094) et par des **questionnaires qualitatifs** (N 1110) adressés aux parties, aux cocontractants et aux concurrents de celles-ci.

1116 Une **longue pratique** des Agences et des tribunaux américains a permis de perfectionner ces tests pour en arriver à ceux prévus par les *Guidelines* aujourd'hui. En particulier, certaines erreurs méthodologiques ont été mises en évidence par l'expérience des tribunaux et ont pu être corrigées dans l'application contemporaine (N 1102).

III. Les effets anticoncurrentiels

1117 D'après les Agences, l'analyse de la concentration ne correspond pas à une méthode uniforme, mais relève plutôt d'un processus au cas par cas durant lequel elles appliquent une série d'outils et d'indices pour évaluer les risques d'**effets anticoncurrentiels**. Les *Guidelines* sont de nature exemplative et illustrative et n'ont pas vocation à être exhaustives¹²³⁵.

1234 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 4.2.1.

1235 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect 1.

On distingue les effets anticoncurrentiels, selon qu'ils soient générés par une concentration horizontale (A.), verticale (B.) ou conglomerale (C.). Des conclusions intermédiaires sont ensuite apportées (D.).

A. Dans les concentrations horizontales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par les Agences selon que la concentration génère des effets non coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

Les effets anticoncurrentiels horizontaux sont ceux produits par la concentration entre entités actives **sur le même marché** des produits et géographique¹²³⁶. Les concentrations horizontales suppriment toute concurrence entre les parties à l'opération et peuvent diminuer substantiellement la concurrence entre l'entité résultante et les autres acteurs du marché. Dans les cas les plus extrêmes, elles peuvent conduire à la création d'un monopole¹²³⁷.

Les **motivations** des parties à une concentration horizontale peuvent être diverses (N 65). Des concurrents peuvent notamment vouloir réaliser des économies d'échelle, créer des synergies dans la production ou la distribution de biens complémentaires, confier à un management commun la gestion d'actifs jusque-là imparfaitement gérés, assurer une transmission d'entreprise, ou encore optimiser fiscalement leur situation¹²³⁸.

Les concentrations entre concurrents sur un même marché peuvent entraîner deux types de conséquences. Nous distinguons d'une part les concentrations entraînant un pouvoir de marché de l'entité résultante, lui permettant de se comporter comme un monopoleur et d'augmenter ses prix indépendamment de la réaction des autres acteurs du marché : on parle dans ce cas d'**effets non coordonnés**. D'autre part, d'autres concentrations permettent aux entités demeurant sur le marché après l'opération d'adopter ensemble un comportement collusif conduisant à une augmentation des prix ou à un autre effet anticoncurrentiel : on parle d'**effets coordonnés**¹²³⁹.

1236 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 712.

1237 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6 ; AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IV*, ¶ 901a, p. 6.

1238 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IV*, ¶ 901a, p. 7.

1239 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 686.

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

1123 Les effets non coordonnés se divisent en **deux catégories** :

1124 1° Les effets non coordonnés découlent d'une position de **dominance individuelle** qui crée un pouvoir de marché permettant à l'entité résultante de se comporter de manière essentiellement indépendante de ses concurrents. Les *Guidelines* sont fondées sur cette catégorie : en effet le but premier qu'elles poursuivent est d'empêcher les concentrations qui créent, renforcent ou consolident le pouvoir de marché ou qui facilitent son exercice¹²⁴⁰.

1125 2° Les effets non coordonnés peuvent engendrer des **effets unilatéraux**, soit une baisse de concurrence sur le marché entier dû à la suppression de la pression que s'imposaient les parties à la concentration (N 715). Cette baisse permet à l'entité résultante ainsi qu'aux autres concurrents du marché d'augmenter leurs prix ou de diminuer la qualité ou la quantité de leur production sans pour autant coordonner leur comportement¹²⁴¹. Les effets unilatéraux sont expressément prévus par les *Guidelines* de 2010 (N 185). Celles-ci tiennent compte des réactions indépendantes de concurrents à une hausse des prix pratiqués par l'entité résultante¹²⁴².

b. Les critères du test

1126 Les Agences analysent les **conditions du marché** sur lequel les parties à la concentration sont actives pour déterminer si la concentration est susceptible d'engendrer des effets non coordonnés. Elles recherchent notamment les indices suivants :

- les **parts de marché** détenues par les parties sont élevées (i.) ;
- le marché connaît un haut **degré de concentration** (ii.) ;
- les parties à la concentration sont de **proches concurrents** (iii.) ;
- les clients n'ont qu'une **possibilité limitée de changer de fournisseur** (iv.) ;
- la difficulté pour les concurrents des parties à la concentration **d'augmenter leur production** (v.) ;

1240 « *The unifying theme of these Guidelines is that mergers should not be permitted to create, enhance or entrench market power or to facilitate its exercise* », DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 1.

1241 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.

1242 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

- la position particulière qui rend les parties particulièrement à même de **freiner l'expansion** de leurs concurrents après la concentration (vi.).

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant générer des effets non coordonnés comme un test **de type A** (N267). 1127

(i) *La part de marché détenue par les parties à la concentration*

Les Agences visent en premier lieu les concentrations susceptibles de créer ou de renforcer une position de monopole ou d'octroyer un fort **pouvoir de marché** à l'entité résultante¹²⁴³. Elles déterminent les parts de marché des parties et des autres participants du marché pertinent, comme un indice de la capacité potentielle future des entités parties à la concentration à diminuer substantiellement la concurrence sur le marché pertinent¹²⁴⁴. 1128

Sont considérées comme des **participants au marché**, toutes les entités réalisant des revenus sur le marché pertinent, les entités qui n'y réalisent pas de revenu mais qui ont prévu d'entrer sur ce marché dans un futur proche, de même que celles à même de pouvoir fournir rapidement des biens sur ce marché soit en redirigeant leur production soit en y entrant en cas d'augmentation faible mais significative des prix¹²⁴⁵. 1129

La part de marché détenue par une entité peut directement favoriser son influence sur la concurrence. **Une importante part de marché** peut garantir à l'entité résultante d'influencer la production globale du marché, de même que de bénéficier de coûts marginaux plus bas¹²⁴⁶. 1130

Les Agences se fondent en principe sur des **données historiques** pour déterminer les parts de marché de chacun des acteurs présents sur le marché pertinent. Cependant, les évolutions récentes ou en cours et qui sont raisonnablement prévisibles sur le marché sont également prises en compte pour déterminer la part de marché potentielle future de l'entité issue de la concentration¹²⁴⁷. 1131

Lorsque l'opération de concentration a lieu entre un acteur actuel du marché et un nouvel entrant ou un potentiel entrant, les Agences utilisent une fiction de parts de marché potentielles futures. Une **concentration avec un nouvel entrant** attire particulièrement l'attention des Agences en raison 1132

1243 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IV*, ¶ 911a, p. 90.

1244 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 2.1.3 et Sect. 5.

1245 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.1.

1246 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.

1247 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2.

de son fort potentiel anticoncurrentiel. Si la partie déjà en place dispose en plus d'une part de marché importante, la disparition du nouvel entrant constitue un risque important de diminution substantielle de la concurrence effective¹²⁴⁸.

1133 En règle générale, les parts de marché sont déduites des **chiffres d'affaires** actuels et futurs de chacune des entités. Il se peut cependant que les chiffres d'affaires ne soient pas les meilleurs indicateurs des parts de marché des entités. En effet, lorsque deux produits sont hautement substituables mais que leurs prix sont différents, les chiffres d'affaires des entités qui les produisent ne seront pas comparables. Dans ce cas, les parts de marché peuvent être plus précisément estimées sur la base du **nombre d'unités vendues**¹²⁴⁹.

1134 Sur les marchés de produits hautement substituables, les parts de marché sont déterminées sur la base de la capacité des entités à rapidement augmenter leur production en réponse à une augmentation des prix ou à une baisse de la production d'autres acteurs du marché. Dans un tel cas, l'influence de l'entité sur la concurrence dépend de sa **capacité à augmenter sa production** pour satisfaire la demande sur le marché si cette augmentation lui est profitable. Ce sont donc les capacités d'expansion et les réserves de capacité de production qui sont les plus pertinentes sur ces marchés pour déterminer la capacité concurrentielle future des entités¹²⁵⁰.

1135 Les *Guidelines* ne contiennent ni **seuil** de parts de marché au-delà duquel la concentration est présumée détenir un pouvoir de marché, ni « *safe harbor* » en dessous duquel la concentration est présumée inoffensive¹²⁵¹.

(ii) *Le degré de concentration du marché pertinent*

1136 Depuis l'affaire *Philadelphia National Bank* en 1963, dans laquelle la Cour suprême a considéré l'augmentation du degré de concentration du marché résultant de l'opération pour conclure à une diminution substantielle de la concurrence, les autorités américaines s'intéressent au degré de concentration du marché¹²⁵².

1137 Les Agences ont défini des conditions dans lesquelles le degré de concentration permet de **présumer d'une diminution substantielle** de la concurrence.

1248 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

1249 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2.

1250 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2.

1251 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2.

1252 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963) ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 506.

rence. Au cours du temps, elles ont fixé des seuils toujours plus élevés, autorisant ainsi des opérations produisant de plus hauts degrés de concentration¹²⁵³.

Les deux paramètres examinés par les Agences sont, d’une part, **le degré de concentration** du marché après l’opération de concentration des parties et, d’autre part, **l’évolution du degré de concentration** (le delta) entre les situations antérieure et postérieure à l’opération¹²⁵⁴.

Depuis la publication des *Horizontal Merger Guidelines* de 1982, les Agences utilisent **l’indice de Herfindahl-Hirschman (IHH)** pour calculer le degré de concentration du marché (N 282)¹²⁵⁵. L’indice correspond à la somme des carrés des parts de marché de chaque entité, exprimées en pour cent (N 282)¹²⁵⁶.

Le delta de l’IHH correspond à la différence entre le degré de concentration du marché après l’opération et avant l’opération, ou au double du produit des parts des entités parties à la concentration (N 283).

Les seuils de l’IHH ont évolué avec l’adoption de nouvelles *Guidelines*¹²⁵⁷ dans le sens d’une plus grande tolérance de concentration du marché. Nous présentons ici les valeurs admises sous le régime des *Guidelines* de 2010, puis les comparons à celles des *Guidelines* de 1982.

Tant les *Guidelines* de 1982 que celles de 2010 classent les marchés en fonction de leur concentration en **trois catégories**¹²⁵⁸ :

Dans les *Horizontal Merger Guidelines* 2010 :

- les marchés **non concentrés** sont ceux dont l’IHH est inférieur à 1500.
- les marchés **modérément concentrés** sont ceux dont l’IHH se situe entre 1500 et 2500.
- les marchés **hautement concentrés** sont ceux dont l’IHH est supérieur à 2500.

En fonction du degré de concentration du marché et de son delta après l’opération, les Agences classent l’opération selon le **risque de diminution** de la concurrence généré et déterminent si elle nécessite une analyse supplémentaire.

1253 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 522.

1254 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

1255 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1982, Sect. III. A ; KWOKA, *Does Merger Control Work ?*, p. 624 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 521.

1256 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

1257 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 522.

1258 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1982, Sect. III. A. ; DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

- Lorsque l’opération provoque un delta de l’IHH **inférieur à 100 points**, quelle que soit la concentration du marché, elle n’est pas susceptible d’engendrer des effets anticoncurrentiels et ne nécessite en principe pas d’analyse supplémentaire.
- Lorsque l’opération conduit à un marché **non concentré**, elle n’est pas susceptible d’engendrer des effets anticoncurrentiels et ne nécessite en principe pas d’examen supplémentaire.
- Lorsque l’opération conduit à un marché **modérément concentré** et que le delta de l’IHH est de **plus de 100 points**, elle est susceptible d’engendrer des effets anticoncurrentiels et implique en général un examen supplémentaire.
- Lorsque l’opération conduit à un marché **hautement concentré** et que le delta de l’IHH est **compris entre 100 et 200 points**, la concentration est susceptible d’engendrer des effets anticoncurrentiels et implique en général un examen supplémentaire.
- Lorsque l’opération conduit à un marché **hautement concentré** et que le delta de l’IHH est **supérieur à 200 points**, les Agences considèrent que l’opération augmente le pouvoir de marché de l’entité résultante. Les parties peuvent apporter des preuves convaincantes démontrant que la concentration n’est pas susceptible d’augmenter le pouvoir de marché¹²⁵⁹. Dans ce cas, les Agences cherchent à contester la concentration devant les tribunaux ou à obtenir des modifications du projet de concentration par les parties.

1145 Les agences classent les concentrations en fonction des seuils d’IHH et du delta de la manière suivante :

1146

	IHH < 1500 Marché non concentré	1500 < IHH < 2500 Marché modérément concentré	2500 < IHH Marché hautement concentré
ΔIHH < 100	Pas susceptible d’effets anticoncurrentiels	Pas susceptible d’effets anticoncurrentiels	Pas susceptible d’effets anticoncurrentiels
100 < ΔIHH < 200	Pas susceptible d’effets anticoncurrentiels	Susceptible d’effets anticoncurrentiels	Susceptible d’effets anticoncurrentiels
200 < ΔIHH	Pas susceptible d’effets anticoncurrentiels	Susceptible d’effets anticoncurrentiels	Présumée augmenter le pouvoir de marché

1259 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 704.

Par exemple, une concentration intervenant sur un marché composé des concurrents A (25%), B (20%), C (20%), D (20%) et où le reste des parts est réparti entre un grand nombre de petites entités, l'IHH est de 1'825 ($25^2+20^2+20^2+20^2$). Si A et B fusionnent, le IHH monte à 2'825 ($45^2+20^2+20^2$) et le delta atteint 1000. L'IHH est supérieur à 2'500 et le delta supérieur à 200, donc la concentration est présumée augmenter le pouvoir de marché.

En comparaison, dans les *Horizontal Merger Guidelines* de 1982, les seuils étaient les suivants¹²⁶⁰:

	IHH < 1000 Marché non concentré	1000 < IHH < 1800 Marché modérément concentré	1800 < IHH Marché hautement concentré
ΔIHH < 50	Pas susceptible d'effets anticoncurrentiels	[pas d'information dans les Guidelines]	Peu susceptible d'attaquer la concentration
50 < ΔIHH < 100	Pas susceptible d'effets anticoncurrentiels	Peu susceptible d'attaquer la concentration	Examen approfondi
100 < ΔIHH	Pas susceptible d'effets anticoncurrentiels	Plus de 50% de chances d'attaquer la concentration	Susceptible d'attaquer la concentration

Les Agences précisent que ces seuils ne constituent pas des barrières strictes distinguant les opérations anticoncurrentielles de celles qui sont inoffensives pour la concurrence, mais plutôt qu'ils offrent une manière **de distinguer les opérations peu susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels** et celles pour lesquelles il est particulièrement important de rechercher si d'autres facteurs anticoncurrentiels confirment, renforcent ou infirment les potentiels effets anticoncurrentiels générés par un accroissement du degré de concentration du marché. Plus l'IHH et le delta de l'IHH sont élevés, plus les Agences sont susceptibles de requérir des informations additionnelles pour analyser l'opération¹²⁶¹.

L'indice de concentration du marché fait l'objet de **controverse**s en tant que critère permettant de déterminer l'influence potentielle de l'opération sur le niveau des prix. Selon certains auteurs, il n'existe pas de corrélation directe entre le degré de concentration du marché et la tendance des concurrents à adopter des comportements anticoncurrentiels une fois qu'ils se trouvent en situation de pouvoir de marché¹²⁶².

1260 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1982.

1261 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect 5.3.

1262 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IV*, ¶ 910f, p. 82.

1152 Les Agences portent davantage d'attention au degré de concentration du marché lorsque les parts de marché de tous les concurrents sont restées **stables au cours du temps**. En effet si les acteurs du marché conservent leurs parts de marché malgré des modifications de prix d'autres concurrents, il est peu probable qu'un acteur ne compense la pression concurrentielle perdue en raison de la concentration de deux concurrents. Cela peut donc engendrer une diminution substantielle de la concurrence effective. À l'inverse, un marché hautement concentré peut être très concurrentiel si les parts de marché ont fluctué par le passé sur de courtes périodes en réaction à des modifications des paramètres de la concurrence¹²⁶³.

(iii) *La proximité concurrentielle des parties*

1153 Les *Guidelines* de 2010 ont introduit une nouvelle notion : **les effets unilatéraux** dans des marchés de produits différenciés. Les parties sont de proches concurrents lorsqu'elles offrent des produits différenciés, à savoir des produits appartenant au même marché mais présentant de faibles variations¹²⁶⁴.

1154 Lorsque les parties à la concentration sont de proches concurrents sur des marchés de produits différenciés, des **effets anticoncurrentiels unilatéraux** sont à attendre en conséquence de l'opération, par le fait qu'elle supprime une alternative pour les consommateurs. Plus les acquéreurs du produit d'une des parties à la concentration considèrent le produit de l'autre partie comme leur produit de substitution préféré, plus le risque d'effets unilatéraux est élevé¹²⁶⁵.

1155 Les produits différenciés des entités parties à la concentration exercent une forte pression concurrentielle l'un envers l'autre. En particulier, les concurrents proposant des produits différenciés investissent une part importante de leurs ressources dans la recherche de nouvelles variations, avec pour conséquence qu'une coordination des comportements est plus difficile à atteindre¹²⁶⁶. Une opération de concentration entre de proches concurrents risque donc de supprimer cette pression concurrentielle en permettant aux parties d'augmenter de manière profitable le prix de l'un ou des deux produits différenciés, ou de diminuer les quantités produites ou la qualité des produits. Les ventes perdues en raison de l'augmentation du prix sur l'un des

1263 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

1264 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1 ; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 910f, p. 83 s. ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 687.

1265 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 527.

1266 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 688.

produits seront **redirigées vers l'autre produit**. Une augmentation des prix peut alors être profitable à l'entité issue de la concentration¹²⁶⁷.

Toutefois, lorsque les concurrents des parties à la concentration offrent aussi des **produits hautement substituables**, l'opération n'est en principe pas susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels unilatéraux. Les concurrents des parties à la concentration peuvent parfois repositionner leurs produits pour les rendre davantage substituables aux produits des parties. Un tel repositionnement des concurrents doit être examiné comme une nouvelle entrée et dépend donc du délai et de la mesure dans lesquelles les concurrents sont à même de le faire. Les Agences déterminent si un tel repositionnement est à même de contrer les effets anticoncurrentiels de la concentration¹²⁶⁸.

Les Agences appréhendent les risques d'effets unilatéraux à l'aide de plusieurs tests quantitatifs, notamment :

- le **ratio de diversion** (N 745),
- l'**élasticité-prix croisée de la demande** (N 744),
- le **GUPPI** (N 747),
- l'**UPP** (N 749) ou,
- la **simulation de la concentration** (N 752).

Les Agences peuvent d'abord déterminer dans quelle mesure les acquéreurs d'un produit d'une des parties à l'opération sont enclins à détourner leurs achats en faveur du produit de l'autre partie et ensuite extraire **un ratio de diversion**, soit le nombre de ventes perdues par une partie qui sont récupérées par l'autre partie à la concentration, par rapport au nombre total de ventes perdues (N 745)¹²⁶⁹.

Par **exemple**, les entités A et B envisagent une opération de concentration. L'entreprise A augmente le prix de son produit et perd par conséquent 100 unités de vente par année. De ces 100 unités, l'entreprise B en récupère 60, les 40 autres sont redirigées vers d'autres concurrents. Le ratio de diversion du produit en faveur de B est de 60%.

Les effets anticoncurrentiels peuvent être ressentis sur le marché, même si le plus grand ratio de diversion des produits d'une des parties à la concen-

¹²⁶⁷ DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

¹²⁶⁸ DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

¹²⁶⁹ DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 914, p. 111 ss.; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 691; **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 62; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 528.

tration **désigne le produit d'un autre concurrent** comme le choix préféré suivant des consommateurs. En effet, ce concurrent pourra également profiter d'augmenter ses prix sans recourir à la coordination avec les autres acteurs du marché¹²⁷⁰.

1161 Les Agences se fondent davantage sur ce ratio que sur l'IHH pour déterminer le risque d'effets unilatéraux dans un marché de produits différenciés¹²⁷¹. En effet, la doctrine est sceptique sur l'existence d'un lien direct entre le degré de concentration du marché et l'émergence d'effets unilatéraux (N 1151)¹²⁷². Les seuils de l'IHH et de sa variation – qui permettent aux Agences d'écarter les concentrations qui ne sont pas susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels – valent tout de même dans les opérations sur des marchés de produits différenciés (N 1136). Le ratio de diversion, s'il est un excellent indicateur d'un risque d'effets unilatéraux, ne suffit pas à saisir tous les effets anticoncurrentiels unilatéraux se produisant en pratique. Il est **utilisé conjointement** avec un éventail plus large d'indices qualitatifs que les Agences réunissent dans le cadre de leur enquête (N 1110)¹²⁷³. Le ratio de diversion donne aux Agences un indice important pour la détermination du potentiel effet anticoncurrentiel unilatéral de la concentration¹²⁷⁴. Le calcul de la diversion n'est pas applicable uniquement en cas de hausse des prix mais également en cas d'amélioration de la qualité d'un des deux produits différenciés¹²⁷⁵.

1162 Le ratio de diversion est proche de la mesure de **l'élasticité-prix croisée de la demande** (N 1106). Tandis que le ratio de diversion détermine quelle part des ventes perdues par l'entité A est récupérée par l'entité B, l'élasticité-prix croisée de la demande vise à déterminer si les volumes des ventes d'un produit A sont sensibles aux variations de prix d'un produit B (N 239).

1163 Le **GUPPI**, pour **Gross Upward Pricing Pressure Index** (N 747), est un indice proposé par **SALOP/MORESI** aux Etats-Unis¹²⁷⁶, qui correspond à la valeur des ventes détournées et se calcule en multipliant le ratio de diversion (N 1158) du produit A vers le produit B, par la marge réalisée sur le produit B. Il indique dans quelle mesure l'entité résultante peut être tentée d'augmenter le prix de son produit. Il est intéressant de relever que le GUPPI a été

1270 **TUCKER** et alii, *Antitrust Law Developments*, p. 373.

1271 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1; **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 65.

1272 **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 63 et 67; Commentaire 2006 des Horizontal Merger Guidelines, p. 16.

1273 **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 77.

1274 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

1275 **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 62.

1276 **SALOP/MORESI**, *Updating*, p. 19.

proposé par **SALOP** et **MORESI** en réponse à une consultation menée par le DOJ et la FTC dans le cadre de la mise à jour des *Horizontal Merger Guidelines*. Leur proposition a été intégrée dans les *Guidelines* de 2010, lorsque les Agences indiquent tenir compte de « l'inclination de l'entité résultante à augmenter ses profits [qui] est égale à la valeur des ventes détournées au profit de ses produits. La valeur des ventes détournées en faveur d'un produit équivaut au nombre d'unités de ventes détournées multiplié par la marge entre le prix et le coût marginal de ce produit »¹²⁷⁷.

Depuis l'introduction des *Guidelines* de 2010, les Agences utilisent sur les marchés de produits différenciés, le test de l'**UPP**, pour **Upward Pricing Pressure** (N 749), basé sur la valeur des ventes détournées et qui permet de déterminer si la concentration risque de provoquer une augmentation du prix des biens¹²⁷⁸. La valeur de l'UPP est déterminée par la **valeur des ventes détournées** (N 1163) d'un produit A vers un produit B, **rapportée aux économies** de coûts variables réalisés par l'entité résultante. La valeur des ventes détournées correspond au ratio de diversion multiplié par la marge réalisée sur la production du produit B. Si la valeur des ventes détournées est plus grande que les économies de coûts variables réalisés par l'entité résultante, la concentration induit une pression haussière sur les prix.

L'UPP compare deux phénomènes opposés résultant de la concentration, soit la suppression de la concurrence entre les parties, provoquant une pression haussière sur les prix et les économies sur les coûts de production réalisées grâce à l'opération, provoquant une pression baissière sur les prix¹²⁷⁹. L'UPP correspond au **test net de la pression des prix**, qui se distingue du GUPPI qui correspond au test brut de la pression des prix. A la différence du GUPPI, l'UPP tient compte des économies réalisées par la concentration. La concentration engendre une certaine « UPP », soit une pression haussière nette sur les prix lorsque la suppression de la pression concurrentielle n'est pas compensée par les économies réalisées. L'UPP n'est en revanche pas en mesure d'estimer l'augmentation profitable possible du prix des produits¹²⁸⁰.

Nous avons proposé la formule de l'UPP (N 749), **sous une forme différente** que celle de **FARRELL/SHAPIRO**. Les auteurs formulent le test en soustrayant les économies de coûts variables au produit du ratio de diversion et

1277 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1.

1278 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 914g, p. 138; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 692; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 528.

1279 **FARRELL/SHAPIRO**, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers*, p. 2.

1280 **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 76.

de la marge et préconisent un examen de la concentration si le résultat est positif¹²⁸¹. **MORESI** propose la formule sous forme d'inégalité où le produit du ratio de diversion et de la marge doit être supérieur aux économies de coûts variables¹²⁸². Nous préférons à ces deux formulations cette troisième présentation de l'équation, qui revient au même, mais nous semble présenter un résultat plus clair : si l'UPP tel qu'il est exprimé dans la formule ci-dessus est supérieur à 1, alors la concentration devrait faire l'objet d'un examen, d'après les critères proposés par **FARRELL** et **SHAPIRO**¹²⁸³.

1167 En reprenant l'**exemple** ci-dessus (N 1159), le ratio de diversion est de 60%. Postulons que le produit B a un coût de production de 100, un prix de 110 et donc une marge de 10%. La valeur du ratio de diversion est de 6% ($60\% \times 10\%$) et constitue le numérateur de la formule de l'UPP. Postulons également que les économies de coûts variables réalisés par l'entité résultante sont de 5% du coût de production du produit A et constitue le dénominateur de la formule de l'UPP. Le ratio de diversion (6%) étant supérieur à l'économie réalisée par l'entité résultante grâce à l'opération (5%), **l'UPP est supérieur à 1**, ce qui signifie que la concentration doit au moins faire l'objet d'un examen¹²⁸⁴.

1168 Les Agences peuvent procéder à une **simulation de la concentration** (N 752) en modélisant l'influence des effets anticoncurrentiels unilatéraux sur les prix du marché, lorsqu'elles sont en mesure de réunir suffisamment de données à propos du comportement qu'adopteraient les concurrents en cas de concentration. Une telle démarche présente l'avantage de ne pas dépendre de la détermination du marché, qui est source de divergences de points de vue entre les parties et l'autorité (N 225). Les Agences ne basent cependant pas leur décision uniquement sur ces simulations ni ne tirent un prix potentiel de l'une ou l'autre des simulations, mais s'intéressent surtout à la **potentialité d'une hausse substantielle des prix** déduite des simulations réalisées¹²⁸⁵.

1169 **Si les marchés fonctionnent par appel d'offres**, qu'il s'agisse de marchés publics ou de marché sur lesquels des consommateurs privés souhaitent examiner plusieurs offres, il arrive que les fournisseurs et les acquéreurs négocient le prix des biens échangés. En règle générale, un acquéreur entreprend

1281 **FARRELL/SHAPIRO**, *Upward Pricing Pressure*, p. 2 s.

1282 **MORESI**, *Upward Price Pressure*, p. 2.

1283 **FARRELL/SHAPIRO**, *Upward Pricing Pressure*, p. 3.

1284 **FARRELL/SHAPIRO**, *Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers*, p. 11; **FARRELL/SHAPIRO**, *Upward Pricing Pressure*, p. 2 s; **MORESI**, *Upward Price Pressure*, p. 2; **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 70.

1285 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.1; **SHAPIRO**, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 97; **VEIT**, *Simulation*, p. 1272.

des négociations avec plusieurs vendeurs dans le but d'obtenir le meilleur prix en mettant les vendeurs en concurrence. Certains de ces marchés sont attribués sur la base d'un appel d'offres¹²⁸⁶. Dans un tel cas, une concentration entre deux vendeurs, habituellement en concurrence, prive l'acquéreur de la faculté de faire marcher la concurrence entre eux et d'obtenir ainsi un meilleur prix¹²⁸⁷. Les Agences, afin de déterminer la probabilité qu'un tel effet anticoncurrentiel ne survienne, recherchent des preuves que **les deux vendeurs sont effectivement dans un rapport de concurrence**. Elles s'intéressent en particulier à la fréquence à laquelle, dans un passé récent, il est arrivé que l'une des parties à la concentration ait emporté un marché et que l'autre ait été la meilleure suivante. Plus l'écart avec les entités suivantes est marqué, plus la concentration est susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels unilatéraux¹²⁸⁸. Le risque est également important si les marges des offres remportant l'appel d'offres sont élevées avant la concentration. Ces facteurs tendent à démontrer que les entités parties à la concentration sont peu soumises à des pressions concurrentielles¹²⁸⁹.

(iv) *La possibilité limitée de changer de fournisseur*

Lorsque des entités entreprennent une concentration sur un marché sur lequel les acquéreurs disposent de peu d'alternatives pour acquérir leurs produits, soit parce qu'ils signent des **contrats de longue durée**, soit qu'ils font face à des **coûts de report** de leurs commandes importants, soit encore parce qu'ils ne réévaluent qu'occasionnellement **l'opportunité d'un changement de fournisseur**, des effets anticoncurrentiels ont plus de chance de survenir¹²⁹⁰. Les acquéreurs voient leur levier de négociation des prix perdre en importance et ils ne peuvent plus faire jouer la concurrence entre les différents fournisseurs, affectant potentiellement les conditions sur le marché des consommateurs finaux¹²⁹¹.

(v) *La difficulté des concurrents d'augmenter leur production*

L'entité, résultante de la concentration, peut être à même, sur des marchés de produits peu différenciés, de **diminuer sa production** si elle estime que

1286 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.2 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 529.

1287 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.2 ; WU, *Economics of Antitrust*, p. 78.

1288 SHAPIRO, *The 2010 Horizontal Merger Guidelines*, p. 82.

1289 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.2.

1290 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2.

1291 TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 373.

ses concurrents ne sont pas en mesure de compenser cette baisse. Cette diminution a pour conséquence de faire augmenter les prix¹²⁹².

- 1172 Une diminution de la production sera **particulièrement profitable** en particulier lorsque :
- l'entité résultante dispose d'une **part de marché élevée** ;
 - la **part de la production** de l'entité résultante déjà engagée pour la vente à des prix non affectés par la suppression de la production est relativement faible ;
 - la **marge** sur la production supprimée est relativement faible ;
 - les concurrents peuvent difficilement **augmenter leur production** ;
 - l'**élasticité de la demande** est relativement faible¹²⁹³.

- 1173 L'entité résultante, **élargissant sa part de marché par le biais de la concentration**, se trouve dans une situation favorisant le risque de limitation de l'approvisionnement. Le risque de diminution de la capacité est également élevé lorsque la concentration implique une entité qui dispose d'une réserve de capacité qui lui permettrait de compenser toute diminution de production sur le marché en l'approvisionnant largement¹²⁹⁴.

(vi) *La capacité des parties de freiner l'expansion des concurrents*

- 1174 Les Agences interviennent pour empêcher une concentration susceptible de **freiner l'innovation** des concurrents, soit en réduisant l'intérêt des concurrents à innover, soit en acquérant une nouvelle entité susceptible d'introduire des produits innovants aptes à conquérir de nouvelles parts de marché¹²⁹⁵.
- 1175 Un tel effet est susceptible de se produire si l'entreprise résultante dispose d'un **pouvoir de marché** suffisant pour ralentir profitablement sa propre innovation et ainsi dissuader ses concurrents d'accélérer la leur, ou si une entité acquiert de nouveaux concurrents particulièrement innovants mais disposant de peu de parts de marché, pour éviter d'être soumise dans le futur à une pression concurrentielle sur le plan de l'innovation¹²⁹⁶.

1292 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3 ; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 915a, p. 148 s. ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 529.

1293 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3.

1294 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3.

1295 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 2.1.5 et Sect. 6.4 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 529.

1296 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.4 ; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IV*, ¶ 912a, p. 91 s., **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 687 et 694.

Les Agences déterminent si l'une ou les deux parties à l'opération disposent d'une capacité importante à **innover et à conquérir des parts de marché**, et si l'entité résultante risque de supprimer cette source d'innovation¹²⁹⁷. 1176

Les entreprises étant vouées un jour à être dépassées par une nouvelle vague d'entités plus innovantes¹²⁹⁸, l'acquisition d'un rival particulièrement innovant retarde cette éventualité et est dommageable pour les consommateurs des marchés pertinents¹²⁹⁹. La **concurrence sur l'innovation** ne menace pas les marges ou les quantités produites et distribuées sur le marché, mais l'existence même des entités en place, créant ainsi une forte pression concurrentielle en faveur de l'innovation¹³⁰⁰. 1177

Les Agences évaluent dans quelle mesure l'innovation de l'entité reprise aurait été **susceptible de prendre des parts de marché** à l'autre partie et dans quelle mesure l'incitation au développement de l'innovation est réduite par l'opération¹³⁰¹. Les Agences manquent néanmoins d'outils d'analyse quantitative pour quantifier l'« agressivité » concurrentielle d'une entreprise nouvellement entrée sur le marché¹³⁰². 1178

3. Les effets coordonnés

a. Remarques générales

Outre la capacité des entités présentes sur le marché d'adopter un comportement unilatéral, les Agences examinent si la concentration est susceptible de rendre le marché propice à un **comportement anticoncurrentiel coordonné**¹³⁰³. 1179

Une concentration peut diminuer la concurrence en permettant ou en encourageant une interaction coordonnée entre les entités du marché pour porter préjudice aux consommateurs. Une interaction coordonnée survient lorsque plusieurs entités adoptent un **comportement anticoncurrentiel qui leur est profitable à toutes**, uniquement à condition qu'elles l'observent fidèlement. Ce comportement empêche une entité d'offrir individuellement des prix plus concurrentiels dans une mesure qui lui permette de gagner des parts de marché au détriment de ses concurrents¹³⁰⁴. 1180

1297 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.4.

1298 **SCHUMPETER**, *Capitalism*, p. 84.

1299 Affaire *U.S. v. Microsoft*, 253 F.3d 34.

1300 **SCHUMPETER**, *Capitalism*, p. 84.

1301 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3; cf. ég. **MARQUES**, *The Google Shopping Decision*, n° 15, p. 37.

1302 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 736.

1303 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 696.

1304 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.

b. Les critères du test

1181 Pour estimer le **risque de la survenance** d'effets coordonnés, les Agences examinent si :

- une coordination est **possible** sur ce marché (i.) ;
- le marché est suffisamment transparent pour que les entités sur le marché puissent efficacement se **surveiller mutuellement** (ii.) ;
- les entités sur le marché disposent de **mécanismes de dissuasion** suffisamment efficaces et pouvant être mis en œuvre suffisamment rapidement pour réprimer un comportement déviant d'une partie à la coordination (iii.) ;
- les entités qui ne prennent pas part à la coordination sont à même de **compromettre les résultats attendus de la coordination** (iv.).

1182 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration horizontale pouvant conduire à générer des effets coordonnés comme un test **de type D** (N 321).

(i) *La possibilité d'atteindre une coordination*

1183 Pour déterminer si des effets coordonnés peuvent se produire sur le marché pertinent, les Agences vont déterminer si le marché est propice à la survenance d'une coordination entre les acteurs. Les Agences examinent si le marché a déjà connu des **interactions coordonnées par le passé**, entre concurrents, à moins que les conditions de concurrence aient changé de manière significative depuis. Des preuves de tentatives avortées de coordination ayant eu lieu sur le marché indiquent que la coordination était difficile à atteindre avant la concentration, mais pas suffisamment pour qu'elle ne soit pas tentée. La concentration est susceptible de rendre une nouvelle tentative plus facile¹³⁰⁵.

1184 La possibilité que des effets coordonnés se produisent est renforcée si :

- le **nombre** de concurrents est peu élevé,
- la demande est peu élastique (N 1106),
- le **changement de fournisseur est difficile** (N 1170),
- les produits offerts sur le marché sont de nature à être **acquis de façon récurrente**, et

1305 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.2 ; **HOVENKAMP**, *Federal Anti-trust Policy*, p. 735.

- seul un petit nombre d'entités auraient peu à gagner d'adopter un comportement coordonné alors que **la coordination est intéressante pour le plus grand nombre**¹³⁰⁶.

(ii) *La surveillance des comportements déviants*

La coordination a davantage de chances de réussir lorsque chacun des participants peut **surveiller** directement et en tout temps le comportement déviant d'un autre¹³⁰⁷. 1185

Plus **la transparence du marché** est élevée, plus chaque participant peut connaître les prix et les conditions des participants du marché, plus des effets coordonnés sont susceptibles de se produire. La transparence du marché est accrue lorsque les biens offerts sur le marché sont homogènes, que les consommateurs sont nombreux et que les ventes sont fréquentes. Les risques de coordination sont élevés lorsque les concurrents du marché peuvent se surveiller et que les données relatives aux conditions de ventes sont publiquement accessibles¹³⁰⁸. 1186

(iii) *Les mécanismes de dissuasion*

Un comportement coordonné a davantage de chances de succès lorsque ses participants doivent s'attendre avec un haut degré de certitude à ce qu'une tentative d'attirer des clients au détriment de leurs concurrents fera l'objet d'une **réponse forte et rapide** de la part des autres participants. Cela sera particulièrement le cas si le marché compte peu de concurrents, si les produits sont relativement homogènes et si les consommateurs peuvent facilement changer de fournisseurs¹³⁰⁹. 1187

Les mécanismes de dissuasion consistent en une punition du contrevenant par l'adoption d'un comportement concurrentiel soudain. La démarche peut être atteinte en entamant une guerre de prix dirigée soit contre une ligne de produits particulière de l'entité dissidente, soit contre toutes les entités actives sur le marché¹³¹⁰. 1188

L'entité dissidente est davantage susceptible de voir son comportement déviant puni par les autres concurrents lorsque les produits font l'objet de **ventes fréquentes**. Dans le cas contraire, il peut être profitable pour une 1189

1306 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 525.

1307 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.2.

1308 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 525; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 370.

1309 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.2; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 371.

1310 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 526.

entité de violer les termes de la coordination pour obtenir un contrat important et ponctuel qui assure des affaires sur le long terme¹³¹¹.

(iv) *La réaction des outsiders*

1190 La réaction des **entités ne participant pas à la coordination** peut être un facteur crucial pour déterminer si celle-ci est viable à long terme ou non.

1191 La présence d'un **franc-tireur** (N 786) peut suffire à mettre en péril la coordination. À l'inverse, la concentration impliquant un franc-tireur (qui ne le sera donc plus) doit faire l'objet d'un examen attentif portant sur les risques de coordination si les autres conditions du marché propices à leur émergence sont remplies¹³¹².

1192 Les Agences peuvent déterminer si le marché comporte d'**importants cocontractants** à même d'entraver ou de mettre en péril la coordination, par exemple s'ils peuvent forcer les participants du marché à négocier des tarifs de manière confidentielle et à trahir ainsi secrètement la coordination¹³¹³.

4. Conclusions intermédiaires

1193 Les Agences américaines peuvent tenter d'obtenir le blocage d'une concentration horizontale lorsqu'elles estiment qu'elles sont de nature à **diminuer substantiellement la concurrence** (N 1120).

1194 Les concentrations horizontales sont susceptibles de provoquer des **effets non coordonnés** (N 1123) ou des **effets coordonnés** (N 1179). Dans le premier cas, les Agences examinent une série de critères correspondant au test de type A (N 1127) selon la typologie que nous avons proposée dans le droit suisse (N 267) et dans le droit européen (N 721). Dans le second cas, les Agences appliquent une série de critères correspondant au type D (N 1182).

1195 Parmi ces critères, les Agences examinent les risques que la concentration provoque des **effets unilatéraux** (N 1154). Pour évaluer ceux-ci, elles recourent à des tests économétriques permettant de quantifier la pression concurrentielle qu'exercent les entreprises du marché les unes sur les autres (N 1157).

1196 Il est intéressant de relever que ces tests économétriques ont été proposés par la doctrine dans le cadre de consultations sur la mise à jour des *Guidelines* sur les concentrations horizontales (N 1163). On observe ainsi aux États-Unis **un véritable dialogue entre la doctrine et les autorités**, orienté

1311 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.2.

1312 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.1; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 526.

1313 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 7.2; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 731.

vers l'efficacité optimale du test, pour saisir les entraves potentielles à la concurrence. Ce dialogue a permis une évolution constante des *Guidelines* émises par les Agences (N180) et une dynamique particulière dans l'appréhension des enjeux et des buts du droit de la concurrence américain (N117).

B. Dans les concentrations verticales

Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par les Agences selon que la concentration verticale génère des effets non coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

Les **effets verticaux** sont les effets anticoncurrentiels provoqués par la concentration entre des entités actives sur des marchés différents directement en amont ou en aval l'un de l'autre¹³¹⁴.

Malgré les **gains d'efficacité potentiels** importants que permettent les concentrations verticales, elles font courir un risque aux petits concurrents et tendent à encourager la concentration du marché au fil du temps¹³¹⁵. Néanmoins les motivations des entités parties à une concentration verticale peuvent être ni anticompétitives ni procompétitives, mais plutôt défensives pour sécuriser l'accès aux fournisseurs ou à la clientèle¹³¹⁶. Une tendance à la concentration verticale peut motiver une entité à entreprendre sa propre concentration avec un distributeur ou avec un fournisseur pour éviter de se voir évincée si d'autres concurrents entreprennent eux-mêmes une concentration de ce type¹³¹⁷.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles *Vertical Merger Guidelines* (N188), les Agences tiennent moins compte des **critères structurels** tels que les parts de marché et des degrés de concentration du marché lors de leur examen de la concentration verticale. Elles n'ont plus recours à aucun seuil, contrairement au régime qui prévalait sous l'empire des anciennes *Guidelines*¹³¹⁸. Les nouvelles *Guidelines* indiquent expressément ne pas appliquer les seuils prévus par les *Horizontal Merger Guidelines* (N185)¹³¹⁹.

1314 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 543.

1315 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 522.

1316 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 545.

1317 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 548.

1318 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.213.

1319 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 3.

- 1201 La Cour suprême a déjà eu l'occasion de tenir compte d'une certaine **tendance à la concentration verticale** sur le marché pertinent, comme d'un critère dans l'examen des conséquences potentielles de l'opération examinée¹³²⁰. Les Agences indiquent également se fonder sur l'impact des concentrations récentes pour déterminer les effets anticoncurrentiels d'une concentration sans toutefois indiquer qu'une tendance à la concentration verticale empêche l'opération d'être acceptée¹³²¹.
- 1202 La tendance à la concentration est un **critère externe à la concentration elle-même** et indépendante des effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels de l'opération examinée. Une concentration qui génère des gains d'efficacité ne peut pas être interdite du seul fait que d'autres concentrations ont eu lieu précédemment sur le même marché dans le système actuel, en raison du fait que les arguments examinés pour autoriser ou interdire une concentration sont uniquement relatifs à l'effet individuel de cette opération sur le marché¹³²².
- 1203 Les concentrations verticales peuvent diminuer de manière substantielle la concurrence effective de **deux manières principales**. Elles peuvent avoir des effets non coordonnés ou coordonnés¹³²³.

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

- 1204 Les concentrations verticales sont susceptibles de diminuer la concurrence entre une partie à la concentration et ses concurrents qui sont en **relation d'affaires** ou qui pourraient être en relation d'affaires avec l'autre partie à la concentration¹³²⁴.

b. Les critères du test

- 1205 Les concentrations verticales sont susceptibles d'engendrer des effets anticoncurrentiels non coordonnés par le verrouillage du marché et l'augmentation des coûts des concurrents (i.) ou par d'autres effets non coordonnés (ii.)¹³²⁵.
- 1206 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant générer des effets non coordonnés comme un test **de type B** (N 362).

1320 Affaire *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 82s.Ct. 1502 (1962), p. 332.

1321 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 2.1.2.

1322 Dans le même sens : **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 736 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 554.

1323 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4 et § 5.

1324 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.

1325 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.

(i) *Le verrouillage du marché et l'augmentation des coûts des concurrents*

Le verrouillage du marché survient lorsque l'intégration verticale par une entité refuse l'accès au marché à une autre entité. **L'augmentation des coûts des concurrents** se produit lorsque l'entité résultante augmente les prix auxquels les concurrents de l'entité sur le marché aval peuvent acquérir les intrants produits par l'entité sur le marché amont, ou en diminuant son service, retardant ses livraisons ou en baissant la qualité des produits¹³²⁶.

Le verrouillage du marché est un risque connu des autorités dans les concentrations verticales, mais les *Guidelines* de 1984 ne prévoyaient pas encore cet effet non coordonné¹³²⁷. Cette **lacune** n'a été comblée qu'avec l'adoption des nouvelles *Guidelines* de 2020 (N188)¹³²⁸.

Le verrouillage survient en général lorsqu'une des entités parties jouit d'une position de monopole ou d'un **important pouvoir de marché** ou d'une importante puissance d'achat¹³²⁹.

Le verrouillage et l'augmentation des coûts des concurrents peuvent porter sur l'accès **aux intrants** (N365), lorsque l'entité résultante refuse l'accès aux éléments du marché amont, entrant dans les processus de fabrication des produits des concurrents situés sur le marché aval.

Ils peuvent également porter sur l'accès **aux clients** (N367), lorsque l'entité résultante empêche les concurrents sur le marché amont de distribuer leurs produits en leur bloquant l'accès à la clientèle¹³³⁰.

Le verrouillage du marché engendre des **barrières à l'entrée au marché**. Des barrières élevées peuvent avoir une conséquence sur l'incitation d'innover des concurrents. Les concurrents actifs sur un marché sur lequel les entités sont verticalement intégrées, peuvent s'entendre tacitement sur un ralentissement des développements de leurs produits. Les barrières à l'entrée du marché empêchent un nouveau concurrent innovant d'exercer une pression concurrentielle sur les entités déjà en place¹³³¹.

Une autre conséquence du rehaussement des barrières à l'entrée du marché est la nécessité pour une entité voulant s'établir sur le marché pertinent,

1326 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a.; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1012a, p. 207 et ¶ 1012C, p. 211; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 546.

1327 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 556.

1328 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a.

1329 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 523.

1330 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1004a, p. 162; **TUCKER** et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 401.

1331 **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 553.

pour pouvoir être compétitive, **d'entrer sur les deux marchés différents simultanément**¹³³². Ce risque est néanmoins à tempérer si les barrières à l'entrée sont basses sur l'un des deux marchés, par exemple le marché aval. L'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché amont créera alors immédiatement un intérêt pour un nouvel entrant sur le marché aval¹³³³.

1214 Le verrouillage du marché peut également se traduire par une **hausse des coûts des rivaux** sur le marché amont ou aval en raison d'une limitation d'accès aux intrants pour les entités rivales, entraînant une diminution de leur production avec pour conséquence une augmentation des prix. La diminution de la production des rivales limite en effet leur possibilité de réaliser des économies d'échelle et les contraint à augmenter leurs prix. Une telle augmentation permet ensuite à l'entité résultant de la concentration d'augmenter son propre prix et d'augmenter ainsi son bénéfice¹³³⁴.

1215 Le verrouillage total d'intrants ou des clients demeure toutefois une **hypothèse rare**. Il implique la nécessité que la division sur le marché amont dispose d'une capacité de production pratiquement équivalente à la capacité d'achat de la division sur le marché aval. Si à l'inverse les deux entités produisent et acquièrent des volumes différents l'un de l'autre, il y a peu de risque que l'une ou l'autre des entités, par exemple la division située sur le marché amont, trouve profitable de verrouiller le marché des intrants en raison du fait qu'elle perdrait un volume d'affaires non négligeable avec les concurrents de la division située sur le marché aval¹³³⁵.

1216 Les *Guidelines* ont évolué vers une diminution de la pertinence de critères structurels pour évaluer le risque de verrouillage du marché. Ainsi, les **Guidelines du DOJ de 1984** prévoyaient que les concentrations verticales étaient peu susceptibles d'être contestées lorsque la partie acquise disposait d'une part de marché de moins de 5%¹³³⁶, ou lorsque le degré de concentration du marché présentait un IHH inférieur à 1800¹³³⁷; lorsqu'une nouvelle entrée sur le marché était généralement aisée¹³³⁸; dans le cas où elle ne l'était pas, si au moins trois autres entreprises disposaient d'un avantage particulier

1332 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4, Exemple 4; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 526.

1333 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1011d, p. 199.

1334 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4, Exemple 2; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 529.

1335 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1004a, p. 163.

1336 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.134.

1337 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.131.

1338 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.132.

qui leur permettait d'entrer aisément sur le marché¹³³⁹. À l'inverse, les concentrations verticales étaient susceptibles d'être contestées si l'entité acquise disposait d'une part du marché pertinent supérieure à 20%¹³⁴⁰.

Dans le **projet de Guidelines 2020**, les Agences indiquaient tenir compte, 1217 dans leur évaluation du risque de diminution substantielle de la concurrence, des parts de marché des parties à la concentration, des autres participants au marché, ainsi que du degré de concentration du marché, sans toutefois tenir compte de la variation du degré de concentration du marché (le delta) (N 1138). Elles prévoyaient en outre un *safe harbor* de 20% de parts de marché, en dessous duquel elles étaient peu susceptibles de remettre en cause une concentration¹³⁴¹.

Les **Guidelines adoptées en juin 2020** ont entièrement abandonné la 1218 prise en compte d'un *safe harbor* (N 1200).

Afin d'évaluer le risque de verrouillage, les Agences examinent les para- 1219 mètres suivants :

- l'entité résultante a la **capacité** de verrouiller l'accès aux intrants ou aux clients de manière significative. En particulier les Agences déterminent si elle dispose de la capacité de causer une perte significative de ventes chez ses concurrents ou de les contraindre à diminuer leur agressivité concurrentielle. Ce critère n'est pas rempli si les concurrents peuvent détourner leurs commandes sans effets particuliers sur leurs prix ou sur la disponibilité de leurs produits sur le marché. Dans ce cas les Agences sont peu susceptibles d'attaquer la concentration¹³⁴².
- l'entité résultante est **incitée** à verrouiller le marché des clients et des intrants. L'entité résultante, en raison de la concentration, peut trouver rentable de verrouiller le marché ou de proposer des conditions moins avantageuses à ses concurrents, parce qu'elle bénéficierait de manière significative d'une augmentation de ses propres ventes en réaction à la perte de celles de ses concurrents. Ce critère n'est pas rempli lorsque le verrouillage ne génère pas de baisse de la concurrence sur le marché. Dans ce cas, les Agences sont peu susceptibles d'attaquer la concentration¹³⁴³.

1339 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.133.

1340 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.134.

1341 DOJ et FTC Draft Vertical Merger Guidelines 2020, § 3.

1342 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a (1).

1343 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a (2).

- 1220 Lorsque ces critères sont remplis, les Agences examinent, sur la base de l'état de fait et de la configuration du marché, si la concentration a pour **effet** de diminuer substantiellement la concurrence¹³⁴⁴.
- 1221 Ces critères sont identiques à ceux visant à déterminer la proximité concurrentielle dans l'examen des concentrations horizontales, soit la détermination de la **valeur des ventes perdues** (N1155). Ainsi les Agences préconisent-elles dans l'évaluation des risques de verrouillage du marché en conséquence d'une concentration verticale, d'utiliser les tests économétriques empiriques pour déterminer si les ventes perdues en raison du verrouillage sont rentabilisées par une augmentation des prix¹³⁴⁵. Nous saluons ce progrès qui permet d'estimer à notre avis avec plus de précision le risque effectif d'effets non coordonnés au-delà d'un déterminisme structurel dont les effets sur le marché ne peuvent qu'être présumés et qui peut donner lieu à autant de faux positifs que de faux négatifs.

(ii) *Les autres effets non coordonnés*

- 1222 Les concentrations verticales peuvent générer **d'autres effets** anticoncurrentiels, dont les suivants sont indiqués à titre d'exemples.
- 1223 **L'accès à des informations sensibles du point de vue de la concurrence** devient possible en cas de concentration verticale. Cela sera le cas si la partie à la concentration sur le marché amont est fournisseur des concurrents de la partie sur le marché aval. En particulier, l'entité intégrée verticalement peut **obtenir des informations stratégiques** sur ses concurrents sur le même marché, notamment leurs prix, leurs marges et d'autres informations stratégiques, par l'accès aux informations que pourrait obtenir l'autre partie sur le marché amont ou aval. Or ces informations permettent à l'entité résultante de réagir rapidement en cas d'action procompétitive réalisée par ses concurrents. Les concurrents peuvent donc être dissuadés d'entreprendre une action proconcurrentielle¹³⁴⁶.
- 1224 Les concurrents d'une partie à la concentration peuvent aussi être dissuadés de continuer à se fournir auprès de l'autre partie pour que leur concurrent direct obtienne des informations stratégiques à leur sujet. Cela peut produire un **effet comparable à un verrouillage** si le changement de fournisseur implique des coûts plus élevés ou une baisse de volume disponible¹³⁴⁷.

1344 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a.

1345 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a (1).

1346 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.b.

1347 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.b.

Le contournement de régulations des prix peut se réaliser par l'accès à 1225
plusieurs marchés. Lorsque les marges sont régulées sur un marché aval par
des règles étatiques qui permettent néanmoins que le fournisseur réalise une
marge bénéficiaire sur son service, une entité verticalement intégrée peut
augmenter le prix – non régulé – qu'elle se facture pour ses propres intrants,
produits par la division située sur le marché amont, et augmenter ainsi son
bénéfice total sans modifier la marge bénéficiaire de la division soumise à
régulation, située sur le marché aval¹³⁴⁸.

3. Les effets coordonnés

Les concentrations verticales sont susceptibles de favoriser l'émergence sur 1226
le marché d'une coordination dans la **fixation de prix** ou d'autres conditions
commerciales¹³⁴⁹.

Les conditions de la survenance d'effets coordonnés sont **les mêmes** 1227
dans les concentrations verticales que dans les concentrations horizontales,
si bien que les *Guidelines* de 2020 renvoient largement aux critères examinés
dans les *Guidelines* sur les concentrations horizontales¹³⁵⁰.

Le risque d'effets coordonnés est **plus important** si le marché est pro- 1228
pice à la survenance d'une coordination, en fonction des parts de marché des
concurrents et du degré de concentration du marché (N1183), si les parties à
la coordination peuvent surveiller les comportements déviants (N1185), si
elles disposent de mécanismes de dissuasion (N1187) et si les outsiders ne sont
pas à même de déstabiliser la coordination (N1190)¹³⁵¹.

Les entités intégrées verticalement sont plus à même de surveiller les 1229
pratiques de leurs concurrents notamment lorsque la division en amont a
accès aux prix pratiqués par les concurrents de la division en aval. La fixa-
tion des prix sur le marché des fournisseurs est généralement négociée avec
les distributeurs ou les grossistes puis demeure confidentielle. Par l'intégra-
tion de la société sur le marché amont, la société en aval jouit d'une informa-
tion plus transparente sur les prix obtenus par ses concurrents¹³⁵².

La division en aval peut également obtenir de précieuses informations 1230
sur les prévisions de ses concurrents sur le même marché des produits, si
ceux-ci se fournissent auprès de la division en amont. Les modifications des

1348 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1013a, p. 214 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 552 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 403.

1349 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 5.

1350 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 5.

1351 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 5.

1352 AREEDA/HOVENKAMP, *Antitrust Law IVA*, ¶ 1005b, p. 173 et 1005c, p. 175 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 552 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 402.

volumes de commandes de produits spécifiques peuvent **informer sur les stratégies** adoptées par les concurrents sur le marché aval¹³⁵³.

- 1231 Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration verticale pouvant générer des effets coordonnés comme un test **de type D** (N 321).

4. Conclusions intermédiaires

- 1232 Les Agences envisagent les concentrations verticales en fonction de leurs risques d'engendrer des effets anticoncurrentiels **non coordonnés** (N 1204) ou **coordonnés** (N 1226).
- 1233 Il est à relever qu'après une longue attente et de nombreuses critiques (N 182), les Agences ont proposé en 2020 de nouvelles *Guidelines* sur l'examen des concentrations non horizontales. On y constate une certaine baisse de l'importance de l'IHH qui reste évoqué mais ne joue plus un rôle central dans l'examen (N 1217). On relève en revanche que ces nouvelles lignes directives envisagent le risque de verrouillage du marché comme effet vertical non coordonné en prenant en compte **l'intérêt économique de l'entité résultante** de le mettre en œuvre. Les *Guidelines* décrivent des critères qui nous paraissent tous déterminables à l'aide des tests économétriques déjà présentés dans l'examen des effets unilatéraux dans les concentrations horizontales (N 1221).

C. Dans les concentrations conglomerales

- 1234 Après quelques remarques générales (1.), nous examinons les tests utilisés par les Agences selon que la concentration conglomerale génère des effets non coordonnés (2.) ou des effets coordonnés (3.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (4.).

1. Remarques générales

- 1235 Les effets anticoncurrentiels des concentrations conglomerales (N 406) sont aujourd'hui **peu appréhendés** aux Etats-Unis : d'une part, parce que les concentrations conglomerales elles-mêmes tendent à diminuer, les acteurs économiques s'éloignant généralement d'une diversification trop vaste des produits offerts en faveur d'une ligne de produits plus homogène et, d'autre part, parce que les effets de ce type de concentrations sont considérés comme trop lointains ou spéculatifs¹³⁵⁴.

1353 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 552.

1354 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 748 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 556.

2. Les effets non coordonnés

a. Remarques générales

Les concentrations conglomerales peuvent conduire à une diminution substantielle de la concurrence lorsqu'elles permettent à l'entité issue de la concentration de **verrouiller le marché** ou d'évincer des concurrents en concluant des affaires réciproques entre les parties, en liant ou groupant des produits ou en pratiquant des prix prédateurs sur l'un ou l'autre des marchés grâce à un effet de levier¹³⁵⁵. 1236

b. Les critères du test

Les Agences recherchent certains comportements qui peuvent survenir lors d'une concentration conglomerale, susceptibles de déployer des effets non coordonnés. Elles examinent notamment la capacité à verrouiller le marché (i.), la suppression de la concurrence potentielle (ii.) les risques liés à la discipline tarifaire (iii.) et aux affaires réciproques (iv.). 1237

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration conglomerale pouvant générer des effets non coordonnés comme un test **de type C** (N 417). 1238

(i) *Le verrouillage du marché*

Le verrouillage du marché permet à l'entité résultante de **lier ou grouper la vente** des ventes d'une partie avec celles de l'autre. La vente groupée des produits évince les concurrents sur chacun des marchés des parties¹³⁵⁶. Par exemple, une concentration entre un fabricant de mousse à raser et un fabricant de rasoirs, dont l'entité résultante groupe la vente de ces deux produits, a pour conséquence que les vendeurs de rasoirs et les vendeurs de mousse à raser concurrents sont évincés, à plus forte raison si les parties à la concentration disposent d'un important pouvoir sur chacun des marchés. 1239

(ii) *La suppression de la concurrence potentielle*

Lorsque **deux entités ne sont pas concurrentes sur le même marché** des produits ou sur le même marché géographique, mais que l'une pourrait réorienter sa production pour entrer sur le marché de l'autre, les deux entités sont des concurrentes potentielles¹³⁵⁷. 1240

1355 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 751.

1356 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 754.

1357 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.11; **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 883.

- 1241 **Une concentration unissant deux concurrents potentiels** supprime la possibilité que l'une des entités ne vienne concurrencer l'autre sur son propre marché et, par conséquent, supprime la pression concurrentielle potentielle sur les acteurs existants. Le marché en devient par conséquent moins concurrentiel¹³⁵⁸. Plus les chances qu'une partie à la concentration n'entre sur le marché de l'autre si l'opération n'avait pas lieu sont élevées, plus la diminution de la concurrence potentielle est importante¹³⁵⁹.
- 1242 **Les conditions** pour que des effets anticoncurrentiels découlent effectivement de la suppression de la concurrence potentielle, sont, d'une part, que le marché soit concentré¹³⁶⁰, à savoir que des entités jouissent de positions dominantes leur permettant d'adopter des comportements non coordonnés et de fixer les prix et l'approvisionnement du marché¹³⁶¹. D'autre part, il ne doit exister qu'un faible nombre d'entrants potentiels, voire aucun, sans quoi la baisse de pression concurrentielle engendrée par la concentration serait anecdotique¹³⁶².
- 1243 Le critère est apparu pour la **première fois** dans l'affaire *U.S. c. El Paso Natural Gas Co* en 1964, où la Cour suprême a interdit à El Paso l'acquisition de Pacific Northwest Pipeline Corp., active sur la côte Ouest des Etats-Unis et qui avait tenté à plusieurs reprises d'entrer sur le marché de la Californie où El Paso était active, sans succès. L'une des tentatives d'entrée sur le marché avait échoué en raison d'une guerre de prix conduite par El Paso, ce qui a convaincu que Northwest exerçait une réelle pression concurrentielle d'entrant potentiel contre El Paso et que la concentration y mettait fin¹³⁶³.
- 1244 Dans l'**affaire Procter & Gamble Co (Clorox)**, la Cour suprême a retenu que si Procter & Gamble n'acquerrait pas *Clorox*, le plus important fabricant d'eau de Javel, la société commencerait probablement à produire sa propre eau de Javel. P&G était désignée comme l'entité la plus encline à entrer sur ce marché hautement concentré¹³⁶⁴.

1358 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 883 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 559 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 389.

1359 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 883.

1360 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.131.

1361 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.131 ; Affaire *United States v. Marine Bancorporation*, 418 U.S. 602 (1974). Dans l'affaire *Marine Bancorporation*, le degré de concentration du marché n'est pas exprimé selon l'IHH, mais les trois entités principales contrôlent 92% du marché ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 564 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 390.

1362 DOJ Merger Guidelines 1984, § 4.112 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 391.

1363 Affaire *U.S. v. El Paso Natural Gas Co.*, 376 U.S. 651 (1964).

1364 Affaire *FTC v. Procter & Gamble Co. (Clorox)*, 386 U.S. 568 (1976).

(iii) *La discipline tarifaire*

Les grandes entités actives sur plusieurs marchés peuvent, pour évincer leurs concurrents, recourir à un **subventionnement croisé** d'un de leurs produits grâce aux profits réalisés sur un autre marché sur lequel elles jouissent d'un pouvoir de marché. Elles peuvent ainsi imposer une discipline tarifaire en accordant des rabais, en augmentant la qualité de leurs produits, en concédant d'importants frais de marketing, etc¹³⁶⁵. 1245

Les subventionnements croisés violent la Sect. 2 du *Sherman Act* et pourraient être sanctionnés **après leur mise en œuvre** par les parties. Cependant, comme ils sont à la fois difficiles à détecter et à prouver et qu'il revient aux Agences de prévenir les effets anticoncurrentiels des concentrations au stade embryonnaire, il est préférable de prévenir ce risque au stade de la concentration¹³⁶⁶. 1246

Selon **HOVENKAMP**, toutefois, le subventionnement croisé n'est qu'une construction théorique. En effet, une entité ne peut généralement augmenter son prix sur aucun marché, en raison du fait qu'elle devrait en principe déjà maximiser son profit. Lorsque les autorités ont cité la discipline tarifaire pour empêcher une concentration, elles ont plus généralement interdit l'opération qui aurait engendré une entité géante sur un marché, à même d'utiliser sa capacité financière importante pour supporter des périodes de vente à perte. Cela n'est pas une conséquence propre à une concentration conglomerale, mais à toute concentration, qui crée nécessairement une entité résultante plus grande qu'avant. Selon cet auteur, admettre l'interdiction de l'opération sur la base de la capacité de l'entité de pratiquer des prix prédateurs étendrait le champ d'application de la Sect. 7 du *Clayton Act* dans une mesure inacceptable, et reviendrait à l'interdiction *per se* des concentrations¹³⁶⁷. 1247

Dans l'**affaire FTC v. Procter & Gamble (Clorox)**, la Cour suprême a envisagé le risque que Procter & Gamble utilise les profits générés par ses autres produits pour subventionner la vente de l'eau de Javel Clorox à un prix particulièrement bas pour évincer la concurrence sur ce marché¹³⁶⁸. 1248

1365 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 887; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 563.

1366 **AREEDA/KAPLOW/EDLIN**, *Antitrust Analysis*, p. 887 s; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 563 s.

1367 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 754.

1368 Affaire *FTC v. Procter & Gamble Co. (Clorox)*, 386 U.S. 568 (1967).

(iv) *Les affaires réciproques*

1249 Les affaires réciproques désignent les relations commerciales entre deux entités lorsque l'une s'engage à se procurer auprès de son cocontractant en **contrepartie d'une autre commande** de son cocontractant chez elle¹³⁶⁹. Lorsque les deux entités s'approvisionnent mutuellement, leurs relations commerciales s'apparentent à des transactions couplées¹³⁷⁰.

1250 Les affaires réciproques peuvent conduire à une **discrimination des partenaires commerciaux par les prix**. Lorsqu'une entité souhaite vendre un produit pour un prix avantageux pour son cocontractant mais ne souhaite pas le faire à la connaissance de ses autres cocontractants, elle peut les vendre à son prix habituel et s'engager à un achat de produits chez son cocontractant pour un prix augmenté¹³⁷¹.

1251 Les concentrations conglomerates peuvent d'une part **augmenter les affaires réciproques** entre les parties à la concentration, ce qui peut avoir pour conséquence de verrouiller les marchés pour les autres concurrents. D'autre part, lorsque les affaires réciproques sont déjà conclues avant la concentration entre l'une ou l'autre des parties et ses cocontractants, alors la concentration engendre des verrouillages sur deux marchés différents¹³⁷².

1252 Dans l'**affaire FTC c. Consolidated Foods**, la Cour suprême a jugé en faveur de la FTC, qui avait conclu à la cession d'une part d'entreprise. La Cour d'appel avait donné gain de cause à Consolidated Foods et la Cour suprême a renversé cette décision en raison de preuves postérieures à l'opération, qui démontraient que Consolidated Foods contraignait ses fournisseurs à s'approvisionner en intrants auprès de l'autre partie à la concentration. La pratique a été jugée anticoncurrentielle et interdite en regard de la Sect. 7 du *Clayton Act*, en raison du fait qu'elle protégeait les marchés de l'entité résultante de la concentration¹³⁷³.

3. Les effets coordonnés

1253 La concentration conglomerate peut faciliter les effets coordonnés par la collusion ou la fixation oligopolistique des prix¹³⁷⁴. Les effets coordonnés sont

1369 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 891.

1370 CARRON, *Transactions couplées*, n° 110 ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 751 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 564 ; TUCKER et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 405.

1371 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 752.

1372 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 752.

1373 Affaire *FTC v. Consolidated Foods*, 380 U.S. 592, 85 s.Ct. 1220 (1965).

1374 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 751.

identiques à ceux résultant de concentrations horizontales (N 1179) et verticales (N 1226). Les critères examinés sont donc essentiellement les mêmes, à savoir déterminer si une coordination est possible, si les parties peuvent se surveiller, sanctionner un comportement déviant et si les outsiders peuvent empêcher la coordination (N 1181).

Nous définissons le test regroupant ces critères et visant à examiner une concentration conglomérale pouvant conduire à des comportements coordonnés comme un test **de type D** (N 321). 1254

4. Conclusions intermédiaires

Dans cette partie, nous avons passé en revue les critères du **contrôle des concentrations conglomérales** pris en compte par les Agences américaines pour évaluer leurs effets anticoncurrentiels. 1255

En matière d'effets anticoncurrentiels **non coordonnés**, la pratique américaine tient compte du risque de suppression de la concurrence potentielle (N 1240), des affaires réciproques (N 1249), de la discipline tarifaire (N 1245) et du verrouillage du marché (N 1239). 1256

En matière d'**effets coordonnés**, les critères sont essentiellement les mêmes que pour les concentrations horizontales et les concentrations verticales (N 1253). 1257

D. Conclusions intermédiaires

De la même manière que ce qui vaut pour le test suisse du contrôle des concentrations (N 191) et le test européen du contrôle des concentrations (N 630), nous avons identifié, dans ce chapitre, que les Agences recourent à **quatre types de tests** en fonction du type de concentration qu'elles examinent. 1258

Les tests de **type A** (N 1127), **B** (N 1206) et **C** (N 1238) s'appliquent respectivement aux concentrations horizontales, verticales et conglomérales lorsque la concentration crée un risque d'effets non coordonnés. Le test de **type D** (N 1182 ; N 1231 ; N 1254) s'applique aux concentrations qui créent un risque d'effets coordonnés, quel que soit le type de concentration. 1259

Nous avons relevé que les nouvelles *Guidelines* 2020 indiquent prendre en compte l'**intérêt économique** de l'entité résultante au verrouillage du marché pour déterminer le risque d'effets non coordonnés, et pas seulement des critères structurels comme le faisaient les versions précédentes. Nous avons salué cette approche économique permettant de déterminer avec des éléments tangibles le risque de survenance de cet effet anticoncurrentiel et s'écartant d'un déterminisme structurel dont la présomption des effets sur le marché n'est pas une science exacte (N 1221). 1260

IV. Le lien de causalité

1261 Les Agences interviennent contre une concentration lorsque celle-ci est la source de la diminution substantielle de la concurrence ou de l'émergence d'effets anticoncurrentiels. Les *Guidelines* ne le prévoient pas spécifiquement, mais cette condition découle de la formulation du *Clayton Act* qui prévoit « *the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition* » (N 1066). Ainsi, c'est la concentration qui doit diminuer significativement la concurrence.

1262 Nous traitons ici de certains cas de figure où le lien de causalité peut être rompu. En particulier nous examinons le cas de l'examen de concentrations simultanées (A.), de l'absence de concurrence avant la concentration (B.) et de l'entreprise défaillante (C.). Nous formulons ensuite des conclusions intermédiaires (D.).

A. L'examen de concentrations simultanées

1263 En raison de la procédure suivie par les Agences américaines, qui portent devant les Tribunaux les concentrations qui leur paraissent diminuer de manière substantielle la concurrence, il est particulièrement difficile de connaître leur pratique en matière d'examen simultané des concentrations. Il apparaît néanmoins que les Agences **examinent ensemble les concentrations simultanées** et prennent leur décision en fonction des paramètres de toutes les concentrations notifiées¹³⁷⁵.

1264 Dans l'**affaire *FTC v. Coca-Cola Co.***, *Coca-Cola* a tenté d'acquérir *Dr Pepper* en réaction à l'acquisition par *PepsiCo* de *Seven-Up*. La FTC a examiné les deux concentrations simultanément et les a portées toutes les deux devant les tribunaux, considérant qu'elles conduisaient ensemble à une diminution substantielle de la concurrence. *PepsiCo* a abandonné son projet d'acquisition à ce stade, tandis que *Coca-Cola* a comparu devant les tribunaux qui ont interdit l'opération¹³⁷⁶.

B. L'absence de concurrence avant la concentration

1265 Les *Guidelines* 2010 (N 185) font référence une seule fois au cas dans lequel le marché connaît déjà **peu de contraintes** concurrentielles avant la concentration. Elles indiquent que les Agences accordent davantage d'importance

1375 **SCHMIDT/SIMON**, *Das Windhundprinzip*, p. 214.

1376 Affaire *FTC v. Coca-Cola Co.*, 641 F. Supp. 1128 (D.D.C. 1986).

au critère du degré de concentration du marché (N1136 ss) lorsqu'une concentration horizontale survient sur un marché où les parts ont peu évolué durant les années précédentes, en particulier si les prix ou les quantités ont changé au cours du temps. Ce dernier indice renseigne les Agences sur le fait que, malgré une augmentation des prix, les entreprises n'ont pas perdu de parts de marché, ce qui démontre qu'elles ne sont pas soumises à d'importantes pressions concurrentielles¹³⁷⁷.

Cette remarque nous permet de relever que les Agences n'utilisent pas ce critère du lien de causalité comme condition pour interdire ou soumettre une concentration à conditions. Au contraire, elles indiquent que, lorsque la concurrence est **faible** avant la concentration, il est peu probable que les concurrents ne récupèrent les parts de marché de l'entreprise acquise dans le cadre de la concentration, ce qui est de nature à renforcer le risque d'effets unilatéraux (N1154). 1266

La formulation du test permet également d'empêcher une concentration qui **maintient une situation de monopole** (N1072). En effet, les Agences doivent démontrer soit que la concentration est la cause d'une diminution de la concurrence, soit qu'elle a pour effet de maintenir une situation de monopole. Si le marché est déjà dépourvu de concurrence avant la concentration, les Agences interviendront contre celle-ci au motif qu'elle maintient une situation de monopole. 1267

Par conséquent, si la concurrence est déjà faible avant la concentration, les Agences considèrent qu'elle peut présenter un **risque important** d'engendrer des effets anticoncurrentiels. 1268

C. L'entreprise défaillante

La défense de l'entreprise défaillante permet à une concentration, susceptible de diminuer substantiellement la concurrence, d'être admise malgré tout en raison d'une **interruption de la chaîne causale** entre l'opération et l'effet anticoncurrentiel. 1269

Sur le plan économique, cette défense permet d'éviter la perte des actifs et de la production d'une **société vouée à la faillite** et de les maintenir en activité au sein d'une autre entité. Que l'entreprise défaillante disparaisse ou qu'elle soit acquise par concentration, l'effet anticoncurrentiel est le même¹³⁷⁸. 1270

La défense de l'entreprise défaillante n'est admissible que si les actifs et la production étaient voués à être **liquidés et à disparaître du marché** s'ils 1271

1377 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.3.

1378 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 541.

n'étaient pas repris dans le cadre de la concentration. L'influence de l'entité défaillante sur la concurrence doit donc être en déclin et vouée à être réduite à néant. Les consommateurs ne se trouvent pas dans une situation péjorée, si les actifs de l'entité défaillante sont repris par l'autre partie à la concentration¹³⁷⁹.

- 1272 La Cour suprême a déjà admis, dans l'**affaire** *International Shoe Co. v. FTC*, l'acquisition d'une entité vouée à la faillite au motif qu'au moment de son acquisition, la situation financière de l'entité acquise était telle qu'une liquidation ou une vente était nécessaire et que, par conséquent, la concurrence future était entièrement éliminée. En effet, l'entité acquise était ruinée, sa défaillance était hautement probable et aucune acquisition par une autre entité non concurrente n'était possible¹³⁸⁰. Les Agences ont par la suite transposé dans leurs *Guidelines* les conditions posées plus clairement par la Cour suprême dans l'affaire *Citizen Publishing v. United States*¹³⁸¹ et admettent la concentration si les conditions suivantes sont remplies cumulativement :
- la prétendue entreprise défaillante doit être dans l'impossibilité d'honorer ses obligations financières dans un **futur proche** ;
 - elle ne doit pas être à même de se **restructurer avec succès** selon le droit de la faillite américain ;
 - elle a, de bonne foi, **consenti des efforts** pour obtenir d'autres offres raisonnables pour maintenir ses activités à flots sur le marché et trouver une solution moins dommageable pour la concurrence que la concentration proposée, sans succès¹³⁸². Une autre offre, même inférieure, est susceptible d'être considérée comme raisonnable, tant qu'elle est supérieure à la valeur de liquidation de la société¹³⁸³.

D. Conclusions intermédiaires

- 1273 Les Agences doivent prouver que la concentration est la **cause** de la diminution substantielle de la concurrence en raison de la formulation légale du test (N1261).
- 1274 Lorsque deux concentrations surviennent simultanément, les Agences envisagent les effets anticoncurrentiels dans leur ensemble. Les concentra-

1379 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 11.

1380 Affaire *International Shoe Co. v. FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

1381 Affaire *Citizen Publishing v. United States*, 394 U.S. 131 (1969) ; **TUCKER** et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 381.

1382 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 11 ; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 742 ; **TUCKER** et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 381-382.

1383 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 11, note 16.

tions sont ainsi **examinées simultanément**, en tenant compte dans l'examen de l'une, des effets de l'autre, si elle aboutissait (N1263).

Lorsque la concurrence sur le marché est **déjà faible avant la concentration**, les Agences indiquent être particulièrement attentives aux effets que la concentration pourrait avoir sur la concurrence sur le marché, en particulier sur le risque d'effets unilatéraux (N1265). Par conséquent, les Agences ne considèrent pas que le lien de causalité entre la concentration et la diminution de la concurrence est rompu lorsque la concurrence est déjà diminuée avant l'opération mais, au contraire, elles sont particulièrement attentives à tout autre critère du test qui les laisse penser que l'opération pourrait être néfaste pour la concurrence sur le marché (N1266). 1275

Les Agences connaissent également la défense de l'**entreprise défaillante** et l'appliquent à condition que l'entreprise défaillante ne soit plus à même d'honorer ses obligations financières, qu'elle ne puisse se restructurer efficacement et que la fusion soit la seule solution, faute d'en avoir trouvé une autre, qui lui permettrait de continuer ses activités économiques (N1269). 1276

V. Les facteurs de contrepoids

Dans leur examen, les Agences examinent si des facteurs de contrepoids peuvent empêcher les éventuels effets anticoncurrentiels de survenir, notamment par une pression concurrentielle potentielle exercée par l'entrée de nouveaux concurrents (A.), par des cocontractants sur un autre marché (B.), ou si les parties peuvent justifier qu'elles réalisent des gains d'efficacité par leur concentration (C.). Nous apportons ensuite des conclusions intermédiaires (D.). 1277

A. L'entrée de nouveaux concurrents

L'entrée de nouveaux concurrents sur le marché pertinent figure comme facteur de contrepoids déjà dans les *Guidelines* de 1982¹³⁸⁴. Il s'agit d'un facteur suffisant à **garantir une pression concurrentielle** même sur une entreprise en position de monopole, lorsque les barrières à l'entrée sur le marché sont basses et qu'un nouvel entrant pourrait aisément venir récupérer des parts de marché si le monopoleur augmentait ses prix¹³⁸⁵. 1278

1384 DOJ Horizontal Merger Guidelines 1982, Sect. III. B.

1385 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 533.

- 1279 Les Agences tiennent compte des **entrées futures possibles sur le marché** et aptes à supprimer ou compenser les effets anticoncurrentiels de la concentration envisagée. En particulier, elles considèrent qu'une concentration est peu susceptible d'augmenter le pouvoir de marché de l'entité résultante si une entrée sur le marché est si facile que l'entité résultante ne sera pas à même, ni unilatéralement ni de manière coordonnée, d'augmenter profitablement ses prix. L'entrée est aisée, si elle peut survenir à bref délai, avec une haute probabilité et qu'elle est suffisante, dans son ampleur, sa nature et son étendue, pour empêcher ou neutraliser les effets anticoncurrentiels anticipés¹³⁸⁶.
- 1280 La **probabilité**, le **délai** et l'**ampleur** de l'entrée sont évalués en fonction des actions devant être entreprises par un entrant potentiel, nécessaires pour produire et vendre des biens sur le marché. Il s'agit en particulier des coûts de planning, design et management, de même que d'autorisations, de licences ou d'autres permis, de construction, de développement et de mise en place de sites de production, ainsi que de promotion, de marketing, de distribution et de test du produit¹³⁸⁷.
- 1281 Les Agences examinent la probabilité d'une entrée sur le marché (1.), le délai dans lequel les efforts d'entrée peuvent être déployés (2.) et la suffisance de l'entrée sur le marché pour neutraliser les effets anticoncurrentiels (3.).

1. La probabilité d'une entrée sur le marché

- 1282 Les Agences examinent les **exemples récents** d'entrée ou de tentatives d'entrée sur le marché pour se renseigner sur la probabilité d'une entrée future. L'historique des entrées les renseigne également sur l'ampleur nécessaire des efforts pour réussir l'exercice¹³⁸⁸.
- 1283 Dans l'**affaire FTC v. Staples, Inc.**, la Cour a rejeté la défense d'une entrée facile sur le marché en raison du fait que, sur les vingt-trois dernières tentatives d'entrée, vingt avaient échoué, démontrant ainsi la difficulté d'entrer sur le marché¹³⁸⁹.
- 1284 Une entrée est probable si celle-ci peut être **profitable**, compte tenu des actifs, des compétences et du capital nécessaire, ainsi que des risques, en particulier des coûts irrécupérables si l'entrée ne réussit pas¹³⁹⁰.

1386 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.

1387 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.

1388 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust***, p. 534.

1389 Affaire **FTC v. Staples, Inc.**, 970 F.Supp. 1066, 1086-88 (D.D.C. 1997) ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust***, p. 536.

1390 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.2.

L'arrivée d'un nouvel entrant dépend largement des **barrières** que les concurrents en place sont à même d'ériger ou que la configuration du marché provoque (N 942 ss)¹³⁹¹. 1285

Les barrières permettent aux entités en place d'adopter un comportement de monopoleur aussi longtemps qu'aucune entrée ne survient et ne rétablisse des niveaux de prix et d'approvisionnement concurrentiels. Lorsque les barrières à l'entrée sont **basses ou inexistantes**, un comportement de monopoleur est impossible en raison du fait que toute hausse des prix ou réduction de la production serait rapidement compensée par l'arrivée d'un nouveau concurrent¹³⁹². 1286

La détermination des barrières à l'entrée du marché donne ainsi une information importante aux Agences pour déterminer si l'entité résultante sera à même, après l'opération, d'augmenter ses prix au-dessus du prix de concurrence ou si elle en sera empêchée par l'absence de barrières. Qualifier l'**importance des barrières** demeure néanmoins partiellement spéculatif et une certaine marge d'erreur existe. Même des barrières basses à l'entrée assurent aux entités en place davantage de liberté que si d'autres concurrents étaient présents sur le marché¹³⁹³. 1287

Ce dernier constat a donné lieu à l'introduction d'une nouvelle notion, outre l'entrée de nouveaux concurrents potentiels, les **rapid entrants** décrits dans les *Guidelines* 2010, qui désignent des entités non actives sur le marché pertinent mais qui peuvent, avec un haut degré de certitude, venir occuper rapidement et sans coûts irrécupérables, une part de marché en cas d'augmentation des prix. L'entrée d'un *rapid entrant* est si certaine qu'une telle entité est considérée dans les *Guidelines* comme un acteur actuel du marché¹³⁹⁴. 1288

La doctrine américaine distingue plusieurs **types de barrières**, qui correspondent à autant d'avantages des entités déjà sur le marché. On relève les barrières suivantes : 1289

1° Les avantages juridiques. Les réglementations étatiques, les licences et autres restrictions de droit public sont des barrières péremptoires à l'entrée sur le marché. Des concessions ou des monopoles garantis par l'Etat empêchent simplement l'entrée de nouveaux concurrents. De même, des réglementations postérieures, prévoyant des exceptions légales pour les 1290

1391 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 534.

1392 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 715 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 533.

1393 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 534.

1394 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.1 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 535.

concurrents déjà établis mais de nouvelles taxes ou restrictions pour les nouveaux entrants, constituent des barrières à l'entrée. Les acteurs du marché sont voués à se renouveler un jour, mais ce type de barrières est de nature à désavantager temporairement les nouvelles entrées, jusqu'à ce que ces contraintes juridiques deviennent la nouvelle norme pour tous les nouveaux concurrents¹³⁹⁵.

1291 **2° Des avantages de préséance.** Les coûts afférents à l'entrée sur le marché risquent d'être plus élevés lorsque les entrants doivent faire face à des concurrents connus sur le marché.

1292 Les **coûts de marketing** peuvent constituer une barrière à l'entrée, si les effets du marketing s'accumulent au fur et à mesure de leur déploiement. A l'inverse, si l'effet du marketing se dissipe rapidement, l'entrant doit engager les mêmes moyens que les concurrents en place pour produire les mêmes effets : ces coûts ne constituent alors pas une barrière à l'entrée. La même analyse est valable pour l'examen de la **loyauté des consommateurs** ou la réputation des entités en place¹³⁹⁶.

1293 Les **économies d'échelle** constituent un avantage de préséance des entités en place. Elles forment des barrières importantes que les Agences prennent en compte pour déterminer si un nouvel entrant peut accéder au marché. Elles correspondent aux coûts d'acquisition d'une part de marché suffisamment importante pour rendre une entrée rentable¹³⁹⁷.

1294 Le **risque d'échec** constitue également une barrière liée aux avantages de préséance des entités en place. Il correspond aux investissements dans des infrastructures ou des recherches qui ne sont pas facilement réutilisables sur un autre marché et qui seraient irrémédiablement perdus si l'entrée n'était pas couronnée de succès. Par exemple, l'entrée sur le marché d'un produit pharmaceutique, dont les investissements en recherche et développement sont élevés, est plus risquée que l'entrée sur le marché du stockage et transport de marchandises, où les investissements porteraient sur des éleveurs, des espaces de stockage et des camions, qui peuvent être facilement revendus¹³⁹⁸.

1395 *Affaire FTC v. Univ. Health*, 938 F.2d 1206, 1219 (1991); **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 724.

1396 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 722; **TUCKER** et alii., *Antitrust Law Developments*, p. 376.

1397 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 719.

1398 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 721.

3° Les barrières des marchés de produits différenciés. Lorsque le marché est composé de produits différenciés, il implique automatiquement des barrières élevées à l'entrée en raison du fait qu'il est particulièrement difficile pour un nouveau concurrent d'y trouver une place profitable. Sur un tel marché, un nouvel entrant n'arrivera que s'il trouve une niche non occupée par un autre concurrent. Dans un tel cas, il peut être aisé pour les concurrents en place de modifier leur production pour occuper cette niche inexploitée, tout en bénéficiant des revenus déjà réalisés grâce à leur produit rentable, rendant d'autant plus difficile une nouvelle entrée¹³⁹⁹. 1295

2. Le délai d'entrée sur le marché

Afin d'être à même de neutraliser les effets anticoncurrentiels produits par la concentration, les nouveaux entrants doivent pouvoir être en mesure d'entrer et de déployer leur activité **suffisamment rapidement** pour prévenir ou à tout le moins rendre inopérante toute tentative d'augmenter les prix ou de diminuer la production¹⁴⁰⁰. 1296

Les Agences ne considèrent pas qu'un entrant peut avoir un effet sur les prix avant qu'il ait eu le temps de déployer son activité et fournir des produits, sauf s'il existe des preuves suffisantes que la simple **possibilité** d'une entrée future ait un effet de discipline sur les prix¹⁴⁰¹. 1297

3. La suffisance de l'entrée sur le marché

Même lorsque l'entrée est probable et qu'elle peut intervenir dans de brefs délais, encore faut-il qu'elle soit suffisante dans son **ampleur**, dans sa **nature** et dans son **étendue** pour empêcher ou neutraliser les effets anticoncurrentiels prévus de la concentration¹⁴⁰². 1298

L'entrée d'une seule entité capable de déployer une production ayant **au moins l'ampleur et la puissance** d'une des parties à la concentration est suffisante¹⁴⁰³. 1299

Les *Guidelines* indiquent qu'une entrée peut être insuffisante notamment si les produits offerts par l'entrant ne sont **pas de proches substituts** de ceux de l'entité résultante¹⁴⁰⁴. Cependant, un tel critère, étroitement lié avec 1300

1399 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 723.

1400 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.1.

1401 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.1.

1402 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.3 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 535.

1403 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.3.

1404 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.3.

les compétences ou la stratégie de l'entité tentant une entrée, ne peut être constaté qu'après l'entrée et ne peut donc pas être anticipé par les Agences. Ne pouvant pas se déterminer sur l'adéquation du produit ou de la stratégie qu'un entrant pourrait lancer, elles ne peuvent se déterminer que sur la possibilité de lancer un produit substituable au produit de l'entité résultante.

- 1301 D'autres barrières plus faciles à constater permettent aux Agences de contester la concentration. Des contraintes de production limitant la possibilité pour l'entité la plus à même d'entrer, d'**étendre sa production** pour atteindre un volume suffisant à concurrencer l'entité résultante, ou des avantages de préséance, en particulier de réputation, qui empêchent le nouvel entrant de développer rapidement ses affaires, en sont des exemples¹⁴⁰⁵.

B. La puissance d'achat compensatrice

- 1302 Les Agences tiennent compte de la capacité des **cocontractants disposant d'une forte puissance d'achat** d'empêcher l'entité résultante d'augmenter ses prix¹⁴⁰⁶.

- 1303 Les entités disposant d'une puissance d'achat suffisante sont à même par exemple de verrouiller le marché et d'exclure l'entité résultante, en s'intégrant verticalement avec un autre concurrent, ou d'encourager l'entrée d'un nouveau concurrent en lui garantissant des affaires ou en utilisant simplement leur force de négociation dans l'établissement des prix **grâce à un important volume de commandes**¹⁴⁰⁷.

- 1304 Deux tempéraments demeurent, le premier étant que la concentration de deux fournisseurs **réduit inévitablement le choix** des sources d'approvisionnement et par conséquent le levier dont disposent les acquéreurs jouissant d'une puissance d'achat, et le second étant que, même si ceux-ci peuvent toujours négocier le maintien d'un prix sur leurs commandes, d'autres clients de l'entité résultante peuvent souffrir d'une discrimination par les prix, faute d'être en mesure de les négocier¹⁴⁰⁸.

1405 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 9.3.

1406 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 539.

1407 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 8 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 539 s.

1408 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 8 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 540.

C. Les gains d'efficacité

Les gains d'efficacité sont des **mesures internes**, des restructurations et des suppressions de doublons dans les activités des parties à la concentration qui permettent de réaliser des économies et de rendre l'entité résultante davantage concurrentielle. Les Agences reconnaissent le potentiel des concentrations de réaliser des gains d'efficacité internes et d'engendrer par conséquent des effets favorables à la concurrence¹⁴⁰⁹.

Les Agences n'évaluent les gains d'efficacité qu'après qu'elles ont admis l'éventualité que l'opération examinée génère des effets anticoncurrentiels. Les autorités cherchent à déterminer si un éventuel gain d'efficacité rend l'opération **bénéfique** pour la concurrence malgré les effets néfastes qu'elle risque d'engendrer¹⁴¹⁰.

Les gains d'efficacité sont **difficiles à quantifier** pour les Agences. Elles peuvent parvenir, avec un certain degré de certitude, à la conclusion que l'opération génère des effets anticoncurrentiels de même que des gains d'efficacité, mais il n'est pas aisé de déterminer effectivement lesquels de ces effets sont prépondérants. C'est aux parties qu'il revient d'établir les preuves des gains d'efficacité et de les quantifier¹⁴¹¹.

Tandis que les Agences reconnaissent les gains d'efficacité dans les *Guidelines*, les Tribunaux n'ont encore **jamais accepté** une concentration sur la base de gains d'efficacité supplantant les effets anticoncurrentiels¹⁴¹².

1. Les types de gains d'efficacité

a. Des économies d'échelle

Dans les concentrations horizontales, les parties peuvent **rationaliser leur production** en la regroupant sur certains sites plus stratégiques ou plus efficaces. L'entité résultante réduit ainsi le coût marginal de production. Les Agences sont davantage susceptibles d'accueillir favorablement ce type de gain d'efficacité, en raison du fait qu'il est facilement vérifiable et peu susceptible d'inciter l'entité résultante à réduire sa production¹⁴¹³.

1409 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 537.

1410 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 676.

1411 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10 ; HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 685 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 537.

1412 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 676 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 538.

1413 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines, Sect. 10.

1310 Les parties à la concentration peuvent également réaliser des gains d'efficacité en **joignant leurs efforts** de recherche et développement. Cependant, ces gains d'efficacité sont, d'une part, délicats à vérifier et peuvent, d'autre part, résulter en une diminution anticoncurrentielle de l'approvisionnement du marché en raison de l'intérêt économique potentiel de l'entité résultante¹⁴¹⁴.

1311 Dans les concentrations conglomerates, si les liens entre les marchés liés sont relativement étroits, des gains d'efficacité peuvent être réalisés par la distribution commune de deux produits généralement acquis simultanément en raison de leur complémentarité. L'entité résultant de la concentration est ainsi à même de réaliser des **économies d'échelle** dans la distribution de ses produits.

1312 De tels économies d'échelles peuvent également être réalisées lorsque l'entité résultante vend différents produits sous la même marque. Un produit peut **bénéficier de la réputation du fournisseur** acquise grâce au marketing réalisé sur l'autre produit¹⁴¹⁵.

1313 Lorsque deux produits sont vendus sur deux marchés géographiques différents, l'entité résultante de la concentration conglomerate peut également réaliser des économies d'échelle par le **regroupement des efforts de marketing**, les charges fixes et les achats de matériel publicitaire par exemple¹⁴¹⁶.

b. La suppression de la double marginalisation

1314 Dans les concentrations verticales, l'élimination d'une double marge peut se produire lorsque les deux parties à la concentration verticale pratiquent une marge optimisant leur profit respectif avant l'opération. La concentration permet à l'entité résultante d'**internaliser ces deux marges et de les réduire** pour baisser profitablement le prix et ainsi obtenir de nouvelles parts de marché¹⁴¹⁷.

1315 Par ailleurs, **l'échange direct d'informations** à propos de la demande des consommateurs finaux constatée par l'entité sur le marché aval, d'une part et d'autre part l'adaptation de la production pour s'adapter à cette demande, entreprise par l'entité en amont, permet une adaptation plus efficace, plus rapide et moins coûteuse que si elle devait survenir au terme d'une négociation avec une entité non intégrée¹⁴¹⁸.

1414 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines, Sect. 10.

1415 SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 557.

1416 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 749.

1417 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 6.

1418 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 6 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 547.

L'élimination de la double marge **ne se réalise pas automatiquement** par une concentration verticale. Si les parties collaboraient déjà avant la concentration en s'octroyant des rabais de fidélité ou avaient négocié des prix contenant une faible marge, l'effet sera amoindri¹⁴¹⁹. En outre, l'entité résultante pourrait déterminer qu'il lui est profitable d'augmenter ses prix sur le marché aval, si les ventes perdues profitent aux concurrents sur ce marché, qui viennent au final se fournir en intrants auprès de la division sur le marché amont. Cette stratégie peut être rentable pour l'entité résultante et défavorable aux consommateurs qui voient en définitive les prix augmenter¹⁴²⁰.

2. Les conditions des gains d'efficacité

Les *Guidelines* requièrent que les gains d'efficacité soient reportés sur les consommateurs (a.), qu'ils soient vérifiables (b.) et qu'ils soient spécifiques à l'opération de concentration (c.).

a. L'effet du gain d'efficacité sur les consommateurs

Pour admettre un gain d'efficacité, les Agences se fondent sur le résultat sur les consommateurs de tout marché concerné par les effets anticoncurrentiels de la concentration. Les gains d'efficacité doivent être suffisants pour renverser le potentiel effet anticoncurrentiel affectant les consommateurs du marché¹⁴²¹. Il faut donc un **report sur les consommateurs**.

Les Agences ne contestent pas la concentration, si les gains d'efficacité sont tels qu'**aucun effet anticoncurrentiel** ne se développe sur les marchés¹⁴²². Plus les effets anticoncurrentiels potentiels sont importants, plus les gains d'efficacité doivent l'être également et plus ils doivent être reportés sur les consommateurs pour que les Agences considèrent que la concentration ne va pas provoquer d'effets anticoncurrentiels¹⁴²³.

Les gains d'efficacité réalisés sur **un marché différent** de celui touché par les effets anticoncurrentiels ne sont pas admis par les autorités américaines. La formulation du test américain laisse en effet peu de place à cette possibilité puisqu'il exclut toute concentration qui diminue la concurrence sur quelque ligne de commerce qui soit ou sur quelque section du pays¹⁴²⁴.

1419 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 6.

1420 DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 6.

1421 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10; **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 681; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 539.

1422 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10.

1423 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10.

1424 **HOVENKAMP**, *Federal Antitrust Policy*, p. 686.

1321 Les *Guidelines* laissent cependant entendre que les Agences, dans leur mise en œuvre discrétionnaire du contrôle des concentrations, sont enclines à tolérer une concentration dont les gains d'efficacité ne se produiraient pas sur le marché pertinent mais lui seraient « **inextricablement liés** », si bien qu'aucune mesure corrective ne pourrait être requise, qui n'anéantisse pas les gains d'efficacité sur un autre marché. Ainsi dans le cas où les gains d'efficacité sont importants sur un marché et que les effets anticoncurrentiels sur le marché pertinent sont faibles, la concentration est susceptible d'être, dans l'ensemble, considérée bénéfique pour le consommateur et d'être acceptée¹⁴²⁵.

1322 Dans l'**affaire** *United States v. Philadelphia National Bank*, la Cour suprême a rejeté l'argument de la compensation de la baisse de la concurrence sur le marché local par l'augmentation de la concurrence sur un marché de plus grande échelle, au motif que, si un tel argument était admis, toute opération pourrait être admise jusqu'à ce que l'entité résultante soit à même de concurrencer la plus grande entreprise du marché¹⁴²⁶.

b. La vérifiabilité du gain d'efficacité

1323 Les Agences ne retiennent pas les gains d'efficacité s'ils sont vagues, spéculatifs ou s'ils ne sont pas **vérifiables par des moyens raisonnables**. Des simples projections de gains d'efficacité ne sont pas suffisantes, en particulier si celles-ci sont alléguées en dehors du modèle d'affaire habituel de l'entité. Au contraire, les Agences sont davantage susceptibles d'admettre des gains d'efficacité dont les effets ont déjà été constatés suite à des opérations similaires par le passé¹⁴²⁷.

c. La relativité à l'opération de concentration

1324 Les gains d'efficacité doivent être propres à l'opération de concentration. Ils doivent découler de la concentration proposée et être **impossibles à réaliser sans la concentration** ou par tout autre moyen ayant des effets similaires¹⁴²⁸.

1325 Les joint-ventures portant sur l'acquisition d'une entité active en recherche et développement ou des contrats de licence, notamment en matière de licence de droits de propriété intellectuelle, sont des **alternatives** qui peuvent amener les Agences à considérer que l'opération de concentration n'est pas la seule à pouvoir apporter les gains d'efficacité allégués¹⁴²⁹.

1425 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10 et note 14.

1426 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 370 s.

1427 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 539.

1428 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 10 ; SULLIVAN/GRIMES/SAGERS, *The Law of Antitrust*, p. 539.

1429 HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, p. 683.

La jurisprudence a souvent rejeté des concentrations ne démontrant pas suffisamment pourquoi les gains d'efficacité étaient nécessairement **réalisés par la concentration**¹⁴³⁰. 1326

3. Un développement législatif

Un projet de loi modifiant le *Clayton Act* est pendant devant la Chambre des représentants depuis 2018. Il a été soumis par le Représentant Jerrold Nadler et a pour but de soumettre toute entité résultant de la concentration, à l'obligation de présenter aux Agences **chaque année suivant l'opération durant cinq ans**, un rapport démontrant la source et l'ampleur de tout gain d'efficacité allégué au moment de la notification de la concentration, ainsi que dans quelle mesure ceux-ci ont été au bénéfice des consommateurs¹⁴³¹. 1327

D. Conclusions intermédiaires

Les Agences tiennent compte des **facteurs de contrepoids** capables d'empêcher les effets anticoncurrentiels de survenir (N 1277). 1328

Les Agences examinent d'abord si les parties sont disciplinées par une **concurrence potentielle** (N 1278). Cela sera le cas en particulier si les barrières à l'entrée sur le marché sont basses (N 1278) et si, par conséquent, une entrée de nouveaux concurrents est probable (N 1282), dans un bref délai (N 1296) et suffisante pour discipliner l'entité résultante (N 1298). 1329

Les parties peuvent ensuite alléguer que la présence de **cocontractants puissants** sur un marché de clients ou de fournisseurs ont la capacité de discipliner l'entité résultante et ainsi d'empêcher le risque d'effets anticoncurrentiels (N 1302). 1330

Enfin, les Agences tiennent compte des **gains d'efficacité** que les parties peuvent réaliser. Ceux-ci peuvent être de nature diverse (N 1309), mais doivent être au bénéfice des consommateurs (N 1318), vérifiables (N 1323) et découler de l'opération (N 1324). 1331

Un **projet législatif** est en pendant et vise à augmenter la surveillance de la mise en œuvre des gains d'efficacité allégués par les parties. Durant cinq années après la concentration, l'entité résultante devrait prouver qu'elle réalise effectivement des gains d'efficacité, ceci pour vérifier si les promesses faites au stade de la fusion sont tenues une fois celle-ci réalisée (N 1327). 1332

1430 *Affaire FTC v. Tenet Healthcare Corp.*, 17 F.Supp.2d 937, 948 (E.D.Mo. 1998) ; *Affaire FTC v. Cardinal Health*, 12 F.Supp. 2d 34, 62-63 (D.D.C. 1998) ; *Affaire FTC v. Staples*, 970 F. Supp. 1066, 1090 (D.D.C 1997).

1431 **NADLER**, *Bill to amend the Clayton Act*, H.R. 5642, 115th Congress (2018), n° 12, p. 2.

VI. Les mesures correctives

- 1333 Après quelques remarques générales (A.), nous examinons les mesures structurelles (B.), les mesures non structurelles (C.), avant de formuler des conclusions intermédiaires (D.).

A. Remarques générales

- 1334 Le DOJ a publié en 2004, puis mis à jour en 2011, un *Policy Guide to Merger Remedies*, qui présente dans quelles circonstances et à quelles conditions le DOJ est enclin à accepter de la part des parties à la concentration des mesures correctives à même d'éviter ou de résoudre un litige portant sur l'opération, tout en protégeant le bien-être des consommateurs¹⁴³². Cependant, dans la foulée de la décision en défaveur du Département dans l'affaire *AT&T/Time Warner*¹⁴³³ en juin 2018, le DOJ a annoncé, le 25 septembre 2018, **le retrait du guide dans sa version 2011 pour revenir à la version de 2004**, jusqu'à l'adoption d'une version subséquente mise à jour (N 184)¹⁴³⁴.
- 1335 La FTC a publié en 2012 un *Statement* remplissant la **même fonction** que le *Policy Guide* du DOJ (N 187)¹⁴³⁵.
- 1336 Les autorités peuvent intervenir après la réalisation de la concentration même si elles n'étaient pas intervenues au stade de la notification, si l'évolution subséquente de l'entité résultante démontre que son évaluation au stade de la notification sous-estimait les effets anticoncurrentiels ou **surestimait l'efficacité des mesures correctives**¹⁴³⁶.
- 1337 Les concentrations horizontales, verticales ou celles ayant des caractéristiques à la fois horizontales et verticales, présentent différents types d'atteinte à la concurrence et requièrent par conséquent **différents types de mesures correctives**. Lorsqu'aucune mesure corrective n'est susceptible de préserver la concurrence, le DOJ et la FTC cherchent à bloquer la concentration¹⁴³⁷.
- 1338 Entre 1997 et 2019, les Agences ont requis des modifications dans les projets qui leurs étaient soumis dans 672 décisions sur les 49'034 notifications,

1432 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, II ; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990d, p. 136 ; **SULLIVAN/GRIMES/SAGERS**, *The Law of Antitrust*, p. 554.

1433 Affaire *United States v. AT&T/Time Warner*, Memorandum opinion, N1N17-2511, US District Court, District of Columbia (2018).

1434 **DELRAHIM**, *It Takes Two*, p. 11 ; DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004.

1435 FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 1.

1436 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990c, p. 127.

1437 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, note 27 ; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 4.

représentant un taux de 1.37% (N1080). **La cession est la mesure prononcée le plus souvent** pour corriger les effets anticoncurrentiels¹⁴³⁸. Elle a été prononcée par le DOJ dans 85% des cas de mesures correctives entre 2006 et 2012¹⁴³⁹.

B. Les mesures structurelles

Les mesures structurelles impliquent la **cession d'actifs matériels par les parties à la concentration**, ou commandent la création de nouveaux concurrents par cession d'actifs, ou encore la licence de droits de propriété intellectuelle. Les mesures structurelles peuvent être relativement simples, faciles à mettre en place et sûres pour sauvegarder la concurrence¹⁴⁴⁰.

Les Agences favorisent les mesures structurelles pour pallier les effets anticoncurrentiels générés par une **concentration horizontale**, puisqu'elles permettent de céder le tout ou une partie d'une activité économique faisant l'objet de recoupements entre les deux parties à la concentration¹⁴⁴¹.

Les Agences peuvent accepter la cession d'une activité précisément déterminée (1.), qui soit viable (2.), à un cessionnaire approprié (3.) et peut éventuellement accepter un règlement préalable des parties ou un acquéreur initial (4.).

1. L'étendue de l'activité cédée

Le *Guide* et le *Statement* prévoient que les actifs cédés doivent être « tous les actifs **nécessaires pour que l'acquéreur soit un concurrent efficace sur le long terme** ». Les actifs peuvent être des biens matériels, tels que des unités de production ou des matières premières utiles à la production d'autres biens, ou des biens immatériels tels que des brevets, des droits d'auteur, des marques, ou encore des droits d'accès à certaines infrastructures¹⁴⁴².

2. L'activité viable

La cession d'une activité viable a pour but de permettre à un acquéreur de bénéficier des moyens et de l'incitation nécessaires à **maintenir effectivement la concurrence** sur le marché¹⁴⁴³.

1438 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 7; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 4.

1439 FTC, *Merger Remedies 2006-2012*, p. 8.

1440 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 7; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 5.

1441 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 13; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 5.

1442 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 15; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 7; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 16.

1443 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 12; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 9; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 5.

- 1344 Toute activité cédée doit inclure un ensemble d'actifs nécessaire à assurer la production actuelle et future, ainsi que la distribution des biens, de sorte à effectivement préserver la concurrence qui serait perdue par la concentration des parties. La manière la plus sûre pour atteindre ce but est de transférer **l'intégralité** d'une activité qui présente des garanties de viabilité démontrées par le passé. Le transfert d'une activité déjà existante et fonctionnelle a en effet plus de chance d'atteindre ce but que le transfert d'une sélection d'actifs¹⁴⁴⁴.
- 1345 Le transfert d'une activité viable implique non seulement le transfert des biens matériels, tels que des sites de production ou des machines, mais également le **personnel qualifié** pour les faire fonctionner, les listes de clients et toute autre information ou formation nécessaire à la bonne marche de celle-ci. L'activité cédée doit aussi avoir démontré par le passé une capacité à être concurrente sur le marché. Pour remplir ces conditions au mieux, les Agences favorisent la cession d'une activité déjà existante, en fonction, et importante sur le plan concurrentiel¹⁴⁴⁵.
- 1346 Le principe connaît des **exceptions**. Le transfert peut porter sur des actifs ne formant pas ensemble une activité viable préexistante lorsqu'une sélection d'actifs stratégiques provenant des deux entités parties à la concentration peut former un ensemble acceptable pour les Agences en raison de l'intérêt qu'ils peuvent susciter auprès d'acquéreurs ou en raison du fait qu'ils peuvent composer ensemble une nouvelle entité viable.
- 1347 Les Agences peuvent admettre un transfert de **moins qu'une entité** viable indépendante, lorsque le repreneur ne souhaite pas acquérir des structures ou des actifs qui feraient doublon avec celles dont il dispose déjà. Dans ces cas, la solution acceptable pour le DOJ dépend de l'identité de l'acquéreur, qui devra donc déjà être connue à l'avance¹⁴⁴⁶. Pour la FTC, les parties devront démontrer que la cession permet de rétablir la concurrence sur le marché¹⁴⁴⁷.
- 1348 Pour le DOJ, il est également possible qu'il soit nécessaire de céder davantage qu'une entité viable, afin de permettre à l'acquéreur de concurrencer efficacement l'entité résultante. Lorsque, par exemple, les entités parties

1444 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 12; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 6; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990d, p. 137; **RULE/FORMAN/HOWLEY**, *Structural Remedies*, p. 52.

1445 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 12; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 9; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 6; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 63.

1446 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 13 s; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 9; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990d, p. 137.

1447 FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 6.

ont des **activités redondantes** visant à produire et distribuer un produit identique sous deux marques différentes, elles pourraient devoir céder la production et la distribution de l'une ou l'autre de ces activités. Néanmoins, il se peut que ce produit, commercialisé seul, ne soit pas suffisant pour concurrencer les activités de l'entité résultante et qu'il soit alors nécessaire de céder l'intégralité d'une ligne de produits¹⁴⁴⁸.

3. Le cessionnaire approprié

Les Agences doivent se prononcer et donner leur accord sur le **choix** de l'ac- 1349
quéreur proposé par les parties. Cet accord est subordonné à trois conditions.

**1° Le choix de l'acquéreur ne doit pas créer de nouveaux problèmes de 1350
concurrence.** Lorsque la concentration fait naître un risque d'effets unilatéraux par le renforcement d'un pouvoir de marché, la concurrence peut être amoindrie si une part d'une entité partie à la concentration est cédée à un concurrent important. La cession de la même activité à une entité plus petite sur le marché peut en revanche suffire à empêcher la naissance des effets anticoncurrentiels de la concentration. Ainsi si les effets anticoncurrentiels sont susceptibles de naître en raison d'une forte concentration de quelques grands concurrents, il serait nécessaire de céder l'activité à une entité hors de ce groupe¹⁴⁴⁹.

**2° L'acquéreur doit être incité à utiliser l'activité cédée pour exercer 1351
une concurrence sur le marché pertinent.** Les parties à la concentration ont généralement un intérêt à céder l'entité à un acquéreur qui ne soit pas incité à les concurrencer sur le marché pertinent. Les Agences n'acceptent un acquéreur que s'il démontre une incitation à utiliser les actifs cédés sur le marché pertinent¹⁴⁵⁰. Les Agences recherchent des preuves de cette incitation, notamment des business plans, la démonstration d'efforts préalables de l'acquéreur pour entrer sur le marché, ou le fait qu'il soit un producteur important de biens complémentaires, ce qui rendrait une entrée sur ce marché particulièrement intéressante¹⁴⁵¹.

1448 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 14; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 9s.

1449 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 14, p. 30s; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 14.

1450 **RULE/FORMAN/HOWLEY**, *Structural Remedies*, p. 53; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 7.

1451 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 10s, p. 31; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 7; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 8.

1352 **3° L'acquéreur doit présenter les qualités nécessaires pour concurrencer l'entité résultante.** Les Agences examinent l'aptitude de l'acquéreur pour s'assurer qu'il dispose de l'expérience, de la capacité financière et de l'expertise nécessaires pour exercer efficacement une concurrence sur le marché sur le long terme. L'acquéreur doit disposer de ressources financières suffisantes pour acquérir l'activité cédée, faire face à un besoin immédiat de capital et exploiter l'activité sur le long terme. Il doit donc disposer de compétences managériales, opérationnelles, techniques et financières pour concurrencer efficacement le marché grâce à l'activité cédée¹⁴⁵².

1353 En pratique, la cession d'une activité viable à un cessionnaire approprié présente **quelques inconvénients** difficiles à surmonter. Les entités dérivées créées par la cession rencontrent en règle générale moins de succès que l'originale, les entités parties à la concentration ont un intérêt évident à rendre l'activité cédée incapable de concurrencer sérieusement leurs activités et, finalement, l'entité cessionnaire pas encore établie sur le marché pertinent démarrera avec d'importants désavantages sur le plan de la concurrence¹⁴⁵³.

4. Le règlement préalable et l'acquéreur initial

1354 Dans la **mise en œuvre des mesures structurelles**, les parties peuvent choisir tactiquement de présenter leur projet de concentration en proposant immédiatement les mesures correctives de leur choix, aptes selon elles, à supprimer ou neutraliser les effets anticoncurrentiels de leur concentration. Elles ont pour cela recours au règlement préalable ou à un acquéreur initial.

1355 Le **règlement préalable** est une mesure structurelle proposée par les parties que les Agences admettent avant la réalisation de la concentration. Il présente l'avantage de ne pas nécessiter de surveillance après la concentration. Le règlement préalable peut également protéger la concurrence plus rapidement et plus efficacement qu'une autre mesure puisqu'il est mis en place avant que les effets anticoncurrentiels de la concentration ne se déploient. Les éventuels acquéreurs étant également identifiés avant la concentration, les parties et les Agences peuvent élaborer des cessions d'activités ou d'actifs sur mesure en fonction de ceux-ci¹⁴⁵⁴.

1356 L'autorité doit faire particulièrement attention aux **liens** éventuels entre les parties et les acquéreurs proposés, afin de s'assurer qu'elles sont indépen-

1452 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 32 ; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 29 ; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 10 ; **RULE/FORMAN/HOWLEY, Structural Remedies**, p. 54 s.

1453 **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990c2, p. 130.

1454 FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 7.

dantes organiquement ou contractuellement et que rien ne limite les acquéreurs dans leur capacité à concurrencer l'entité résultante¹⁴⁵⁵.

L'**acquéreur initial** est une entité présentée par les parties, encline à acquérir une de leurs activités ou certains de leurs actifs. Les Agences peuvent souscrire à un tel procédé et entrer dans un accord contractuel avec les parties et l'acquéreur initial si celui-ci peut les convaincre qu'une telle mesure suffit à préserver la concurrence sur le marché¹⁴⁵⁶.

Procéder de cette manière présente l'avantage de faire correspondre immédiatement les actifs désignés pour une cession à l'acquéreur initial, d'économiser du temps et de **garantir une certaine sécurité sur le résultat de l'opération**, plus rapidement et plus efficacement que par l'introduction d'une plainte et d'un *consent decree*¹⁴⁵⁷.

L'accord entre les parties et le DOJ doit en outre comprendre une **désignation alternative** des actifs que les parties sont prêtes à céder à tout autre offrant, pour le cas où l'acquéreur initial se rétracte ou n'est pas en mesure d'honorer ses obligations¹⁴⁵⁸. Pour la FTC, les parties doivent penser à d'autres solutions si elles souhaitent réaliser leur opération rapidement, pour les proposer à l'autorité si celle-ci ne peut pas accepter l'étendue de l'activité cédée, ou le cessionnaire¹⁴⁵⁹.

C. Les mesures non structurelles

Les mesures comportementales imposent des **règles de conduite** à certaines activités économiques de l'entité résultante de l'opération de concentration. Elles peuvent être prononcées soit en lien avec une mesure structurelle pour en permettre la mise en œuvre, soit seules pour contrer des effets anticoncurrentiels¹⁴⁶⁰.

Les mesures comportementales peuvent **accompagner des mesures structurelles** dans leur mise en œuvre¹⁴⁶¹.

1455 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 27; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 11.

1456 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 26; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 10s.

1457 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 26; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 24; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 21; **RULE/FORMAN/HOWLEY**, *Structural Remedies*, p. 56.

1458 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 38s.

1459 FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 21.

1460 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 18; **AREEDA/HOVENKAMP**, *Antitrust Law IVA*, ¶ 990d, p. 137.

1461 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 18.

- 1362 Par exemple, l'entité résultante peut à la fois céder une activité viable et s'engager à lui **fournir des intrants** si ceux-ci sont indispensables à son activité et ne peuvent pas être produits immédiatement par l'entité cessionnaire¹⁴⁶².
- 1363 Lors du transfert d'une activité viable, le personnel clé nécessaire à l'exploitation peut devoir être transféré également, l'entité résultante peut s'obliger à ne **pas réengager le personnel transféré**, faute de quoi la compensation des effets anticoncurrentiels de la concentration serait réduite à néant¹⁴⁶³.
- 1364 D'autres types de mesures comportementales peuvent se **prononcer seules**. Celles-ci servent en particulier lorsque des mesures structurelles anéantiraient les gains d'efficacité prévus par les parties. Les plus communes sont les murailles de Chine (1°), les accords de non-discrimination (2°), la transparence (3°) et d'autres mesures encore (4°).
- 1365 **1° Les murailles de Chine.** Les murailles de Chine¹⁴⁶⁴ servent à empêcher le partage d'informations à l'intérieur de l'entité fusionnée pour éviter le développement de pratiques anticoncurrentielles fondées sur des informations auxquelles l'une des parties à la concentration n'aurait pas eu accès sans l'opération (N 1223). Par exemple, des informations sur les affaires de la division amont, qui pourraient permettre à la division aval de faciliter un comportement coordonné avec ses concurrents. La muraille de Chine peut être ordonnée lorsque l'interdiction de la concentration ou la cession d'une part d'entreprise empêcherait un gain important d'efficacité, mais que l'autorisation de l'opération sans condition serait fortement anticoncurrentielle¹⁴⁶⁵.
- 1366 **2° Les clauses de non-discrimination.** Les clauses de non-discrimination imposent à l'entité résultante de s'abstenir de traiter injustement les concurrents de l'entité intégrée. Dans une concentration verticale, la division située sur l'un des deux marchés pourrait être tentée de favoriser l'entité fusionnée, située sur l'autre marché en imposant des conditions moins favorables à ses concurrents, telles que des produits de qualité inférieure, de plus longs délais de livraison, un service plus limité, etc¹⁴⁶⁶.

1462 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 25s.

1463 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 25s.

1464 « *Chinese Walls* » en anglais ou parfois *Firewall* utilisé en français.

1465 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 22 ; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 13 ss ; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 5 ; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 59.

1466 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 23 ; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 14 ss ; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 60s.

3° L'obligation de transparence. L'obligation de transparence contraint l'entité résultante de la concentration à mettre à disposition des autorités certaines informations concernant les prix sur des marchés qui ne font pas l'objet d'une régulation spécifique. Lorsqu'une entité fournit des produits complémentaires sur deux marchés dont l'un fait l'objet d'une régulation des prix, elle pourrait être tentée d'utiliser l'autre marché pour contourner la régulation en y augmentant ses prix. En informant l'autorité régulant le prix sur le marché surveillé des prix pratiqués sur l'autre marché, l'entité résultante est empêchée de contourner la réglementation qui lui est appliquée¹⁴⁶⁷. 1367

4° Les autres types de mesures comportementales. Le guide cite l'interdiction de certaines clauses contractuelles, en particulier des **clauses d'exclusivité** sur certains intrants indispensables au marché que l'entité résultante pourrait imposer pour en verrouiller l'accès aux concurrents, ou encore des clauses de renouvellement automatique de rapports contractuels avec les clients pour rendre l'accès au marché plus difficile pour de nouveaux concurrents¹⁴⁶⁸. Une telle mesure peut être particulièrement utile dans le cas d'une concentration verticale à l'issue de laquelle l'entité résultante contrôlerait la distribution d'un intrant dont les entités sur le marché aval ont un besoin vital¹⁴⁶⁹. 1368

L'interdiction de **clauses de non-concurrence** est citée également¹⁴⁷⁰ et peut être utile pour empêcher, par exemple, l'entité puissante sur le marché amont d'imposer à l'un de ses clients de ne pas faire concurrence à sa division sur le marché aval. 1369

La FTC peut requérir la **licence obligatoire** de droits de propriété intellectuelle, si cela permet aux consommateurs de continuer à accéder aux produits. La licence autorise des tiers à exploiter la propriété intellectuelle de parties à la concentration, sans devoir transférer de part d'entreprise si les concurrents disposent déjà de l'infrastructure mais pas des droits nécessaires pour la production¹⁴⁷¹. 1370

1467 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 25; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 16; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 63 s.

1468 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 25 s.

1469 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 17; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 61.

1470 DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2004, p. 25; FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 12.

1471 FTC, *Negotiating Merger Remedies*, p. 9; cf. ég. DOJ Policy Guide to Merger Remedies 2011, p. 15 ss; **MAHAN/HAYES**, *Non-Structural Remedies*, p. 60.

D. Conclusions intermédiaires

- 1371 Les Agences peuvent accepter des modifications du projet de concentration aptes à supprimer les effets anticoncurrentiels que la concentration aurait déployé autrement. Nous avons examiné **les mesures correctives** que les Agences favorisent (N1337), et établi une **statistique** concernant les mesures correctives admises par les Agences (N1338).
- 1372 Dans la majorité des cas, les Agences vont exiger la **cession** d'une partie d'entreprise à un cessionnaire approprié pour pouvoir maintenir une source de concurrence sur le marché (N1343). Les Agences entrent également en matière sur des mesures comportementales, ou sur la conjonction de mesures structurelles et comportementales (N1360).

VII. Une conclusion

- 1373 Dans ce chapitre, nous avons présenté le contrôle des concentrations dans le système américain. Le test se concentre sur les **effets de la concentration** sur la concurrence et, la position dominante ne sert que d'indice d'une diminution de la concurrence sur le marché (N1071).
- 1374 Les Agences interviennent lorsque la concentration a pour effet une **diminution substantielle** de la concurrence ou tend à créer un monopole (N1066).
- 1375 Les Agences procèdent **par étapes**. Elles définissent d'abord le marché sur lequel la concentration est réalisée (N1084), puis elles examinent le risque de la survenance d'effets anticoncurrentiels selon que la concentration est horizontale (N1120), verticale (N1198), ou conglomerale (N1234). Elles déterminent ensuite s'il existe un lien de causalité entre la concentration et la diminution substantielle de la concurrence (N1261). Lorsqu'il est établi, les Agences examinent les éventuels facteurs de contrepoids à même de discipliner l'entité résultante et compensant le risque de diminution de la concurrence (N1277). Enfin, les Agences envisagent des modifications ou considèrent les modifications proposées par les parties, pouvant supprimer les risques anticoncurrentiels, tels que la cession d'une partie d'entreprise (N1343) ou la mise en place de mesures comportementales (N1360).
- 1376 Dans ce chapitre, nous nous sommes penché sur l'activité des Agences américaines et en avons extrait une **statistique de leurs interventions**, sur la base de leurs rapports annuels (N1078). Ces données nous permettent d'estimer les conséquences effectives du test SLC tel qu'il est mis en œuvre par les Agences. Dans une démarche comparative, ces chiffres nous seront utiles pour notre analyse comparative.

Parmi les enseignements principaux découlant de notre examen, nous avons souligné le fait que le test SLC permet de prendre en compte les **effets unilatéraux** dans les concentrations horizontales (N 1085) et de les quantifier à l'aide de tests économétriques (N 1087). Nous avons relevé également le fait que les Agences prévoient dans les nouvelles *Guidelines* de 2020 sur les concentrations verticales, de **quantifier les risques de verrouillage du marché** (N 1221). Nous avons estimé que le meilleur outil à cette fin serait celui du calcul de la valeur des ventes perdues (N 1221). Nous avons également identifié que le test américain permet d'intervenir contre une concentration même si le marché est déjà exempt de concurrence avant la concentration, puisqu'il comprend également l'interdiction du **maintien d'une situation de monopole** (N 1267). 1377

Enfin, nous avons pu classer les tests prévus par les Agences en fonction du type de concentration, selon la **typologie déjà proposée dans le cadre de l'examen suisse** des concentrations (N 628). En effet, les critères examinés en fonction du type de concentration sont identiques (N 902). 1378

Troisième Partie :

**L'analyse comparée
des contrôles de
la concentration et
la proposition
d'une réforme**

Chapitre 6 :

L'analyse comparée des tests

En application de la troisième étape de notre méthode comparative (N 30), et 1379
après une présentation de la démarche utilisée (I.), nous proposons une com-
paraison par critères du contrôle des concentrations (II.) et, en appliquant à
certaines affaires suisses choisies les systèmes européen et américain, nous
démontrons les conséquences en pratique dans trois décisions suisses (III.).
Une conclusion est enfin apportée (IV.).

I. La démarche

A. Remarques générales

Nous avons présenté jusqu'ici chacun des systèmes juridiques (N 191 pour le 1380
droit suisse, N 630 pour le droit européen et N 1064 pour le droit américain).
Dans ce chapitre, il convient de comparer ces systèmes et de mettre en évi-
dence les différences constatées puis, en les confrontant de manière trans-
versale, d'en effectuer une **analyse critique**¹⁴⁷².

Notre examen de chacun des systèmes a tenu compte de la formulation 1381
légale et des tests utilisés par les autorités et a également **quantifié**, lorsque
cela était possible, la fréquence d'utilisation d'un test ainsi que le type de dé-
cision (autorisation, interdiction, charges et conditions) rendue par chaque
autorité¹⁴⁷³.

Ainsi, dans un premier temps, notre démarche est fondée sur une **com-** 1382
paraison par critère et une **analyse quantitative** de la pratique des auto-
rités (N 33). Dans un deuxième temps, dans une **analyse qualitative** (N 40),
nous soumettons trois cas limites suisses aux critères appliqués par les auto-
rités américaine et européenne, pour déterminer si le résultat du test aurait
été différent. Nous examinons si les différences théoriques constatées ont
une **conséquence pratique** (N 41).

1472 DE CRUZ, *Comparative Law*, p. 242; MÜLLER/MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER,
Comparative Private Law, n° 233 ss, n° 238 ss; SIEMS, *Comparative Law*, p. 24.

1473 N 213 pour le droit suisse, N 644 pour le droit européen et N 1078 pour le droit américain.

B. La comparaison par critères

1383 L'analyse comparée des tests vise à déterminer non seulement quelles **diffé-**
rences et similitudes nous constatons, mais également quelles sont les justi-
 fications de ces différences et enfin quelles **conséquences** elles entraînent¹⁴⁷⁴.

1384 Les différences et similitudes sont traitées dans une comparaison **de**
chaque étape du contrôle des concentrations en fonction du régime juri-
 dique appliqué. Les conséquences sont traitées ensuite en appliquant à trois
 « cas limites » issus de la jurisprudence suisse, les régimes américain et euro-
 péen pour déterminer si un résultat différent pourrait être atteint dans la
 décision¹⁴⁷⁵.

C. L'analyse quantitative

1385 Notre analyse quantitative porte principalement sur le nombre de décisions
 concluant à l'autorisation, au prononcé de charges ou de conditions et à l'in-
 terdiction des concentrations, rapporté au nombre total de décisions rendues.
 Lorsque cela a été possible, l'analyse quantitative a également porté sur le
 nombre de fois qu'un test a été utilisé par l'autorité. Cependant dans ce der-
 nier cas, le **faible échantillon** en Suisse a limité l'analyse. En effet, l'IHH, par
 exemple, a été établi dans seulement 19 affaires, alors même que la Comco a
 rendu 741 décisions (N 293).

1386 Cette analyse ne constitue pas une démarche quantitative pure (N 38). Elle
 ne vise pas à créer un modèle économétrique de test hypothétique, qui est fonc-
 tion de variables telles que la structure de marché, les tests appliqués par les
 autorités, les personnes à la tête de l'autorité, etc. Elle porte plutôt sur une **com-**
paraison du nombre de cas dans lesquels l'autorité d'un système juridique
 a eu recours à un test par rapport à l'autorité d'un autre système juridique.

1387 La démarche **se distancie de recherches quantitatives précédentes**,
 par exemple celle de **BRADFORD/JACKSON/ZYTNIICK**, qui effectuent une ana-
 lyse quantitative portant sur 5'000 décisions de la DG Concurrence entre
 1990 et 2015¹⁴⁷⁶. Celle-ci détermine que les décisions de la DG Concurrence
 ne sont pas plus fréquemment négatives lorsque les entreprises acquéresses
 sont externes à l'Union européenne¹⁴⁷⁷. Leur analyse ne porte donc que sur
 les décisions européennes et ne compare pas le test à un autre système.

1474 **MÜLLER/MÜLLER-CHEN/WIDMER LÜCHINGER**, *Comparative Private Law*, n° 238;
SIEMS, *Comparative Law*, p. 24.

1475 **SIEMS**, *Comparative Law*, p. 28.

1476 **BRADFORD/JACKSON/ZYTNIICK**, *Empirical Analysis*, p. 166.

1477 **BRADFORD/JACKSON/ZYTNIICK**, *Empirical Analysis*, p. 188.

Dans la recherche de **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, les auteurs font une comparaison quantitative des tests européen et américain et définissent une fonction de variables conduisant à un indice de risque d'intervention de l'autorité. Les auteurs définissent par exemple quel est le risque d'une intervention de l'autorité dans l'opération, en fonction du degré de concentration du marché ou des parts de chacune des parties. Il en ressort un **modèle économétrique de test** propre à chacune des pratiques des deux autorités examinées¹⁴⁷⁸. Afin de pallier la différence d'échantillon de décisions entre les Etats-Unis et l'Union européenne, les auteurs ont croisé les données extraites de chacun des échantillons de décisions, pour les soumettre au test de l'autorité de l'autre système juridique. 1388

En raison d'un **trop faible échantillon**, une telle simulation est impossible sur le marché suisse. La Comco n'a prononcé que trois interdictions de la concentration et en a soumis 22 à des charges et conditions (N 213). Il n'est par conséquent pas possible d'en tirer un indice de la même manière que **BERGMAN et alii** et de déduire une tendance de la pratique de la Comco. Par ailleurs, les indications des concentrations du marché sous forme de fourchette (N 294) sont trop imprécises pour modéliser sur cette base un indice économétrique. 1389

Notre démarche se distingue également de la dernière **recherche quantitative suisse** en la matière. Dans l'étude de **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, les auteurs ont examiné le nombre de concentrations contrôlées par la Comco entre 1998 et 2016 et l'ont comparé au nombre de concentrations autorisées sous charges et conditions et au nombre d'interdictions¹⁴⁷⁹. La recherche ne fait pas état de la fréquence du recours de la Comco à l'un ou l'autre critère du test pour déterminer sa capacité à créer ou renforcer une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. 1390

D. L'analyse qualitative

L'étude de 2020, présentée par **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, réalise une **analyse qualitative** et compare cinq décisions suisses à quatre concentrations européennes examinées sous le test SIEC. Les décisions suisses et européennes comparées sont choisies parce qu'elles paraissaient *a priori* pertinentes pour une comparaison, alors qu'elles 1391

¹⁴⁷⁸ **BERGMAN/COATE/JAKOBSSON/ULRICK**, *Comparing Merger Policies*, p. 306.

¹⁴⁷⁹ **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 20.

ont lieu sur des marchés de produits identiques¹⁴⁸⁰. L'étude met ensuite en évidence les différences dans le contrôle réalisé par chacune des autorités¹⁴⁸¹.

1392 Notre analyse qualitative soumet des concentrations suisses aux critères
européens et américains, en vérifiant de quelle manière les différences de
critère d'un système à l'autre auraient pu conduire l'autorité à rendre une
décision différente sous un autre droit.

II. La comparaison des tests de dominance, SIEC et SLC

1393 Dans cette partie, nous exposons les **divergences** que nous avons consta-
tées, après avoir décrit chacun des tests dans les chapitres 3, 4 et 5 de la thèse.

1394 Chaque étape du test qui présente une différence avec le test d'un autre
régime, est **exposée dans un tableau** lorsque cela s'y prête. Avant d'entrer
dans le détail des étapes de chacun des tests, nous effectuons quelques dis-
tinctions entre les types de tests utilisés par chacune des autorités étudiées
(A.), puis nous comparons les tests par critère (B.), avant de formuler des
conclusions intermédiaires (C.).

A. Quelques distinctions

1. Les tests structurels et les tests basés sur les effets

1395 Le **test suisse** de dominance se fonde principalement sur la **structure** du
marché et tient compte prioritairement des parts de marché des entités (N 195).
Il vise à éviter qu'une concentration ne crée ou ne renforce une **position**
dominante sur le marché, capable de supprimer la concurrence efficace et
qu'aucun effet de discipline ne puisse être exercé par un concurrent actuel
ou futur¹⁴⁸².

1396 Le **test européen** est un test hybride entre le test de dominance fondé
sur la structure du marché et le test SLC axé sur les **effets** comporte-
mentaux (N 638)¹⁴⁸³. Il vise à empêcher les concentrations ayant pour effet d'entra-

1480 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 11.

1481 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 23.

1482 Message LCart 1994, p. 507, 521 et 522; Affaire CoRe *Swissgrid*, DPC 2006/2, Consid. 5.1, p. 319; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 11 et 19; **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 26; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 6.

1483 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 204; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 196.

ver significativement la concurrence effective, notamment par la création ou le renforcement de la position dominante, mais également par la suppression, consécutive à la concentration, de la pression concurrentielle que les concurrents s'imposent¹⁴⁸⁴.

1397 Le **test américain** se focalise sur les modifications du marché induites par la concentration et en particulier sur la baisse substantielle de concurrence entre les entités du marché qui en découle (N 1071). Il est ainsi fondé sur les **effets** que provoque l'opération. Par conséquent, en tant qu'effet consécutif à l'opération, un risque d'augmentation des prix peut permettre d'interdire la concentration, ce qui implique notamment la prise en compte des effets unilatéraux (N 1125)¹⁴⁸⁵.

Le critère de la structure ou des effets	
Suisse	Test structurel
Europe	Test entre structure et effets
USA	Test basé sur les effets

1398

2. La position dominante

1399 L'existence d'une **position dominante** pour déduire une incompatibilité avec le marché d'une concentration est un critère purement structurel (N 1395). Il est ainsi naturellement prépondérant dans le test de dominance suisse.

1400 Le **test suisse** nécessite de remplir le double critère de la création ou du renforcement d'une position dominante qualifiée. Celle-ci doit être à même de supprimer la concurrence efficace (N 198).

1401 Le **test européen** ne requiert pas de création d'une position dominante pour interdire une concentration ou la soumettre à conditions. La concentration doit simplement créer un risque d'entrave significative à la concurrence effective, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante (N 637)¹⁴⁸⁶.

1402 Le **test américain** ne nécessite pas non plus de position dominante. La concentration est interdite si elle conduit à une diminution substantielle de la concurrence sur le marché (N 1071).

1484 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 26 et 36.

1485 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 26.

1486 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 1.

1403	Critère de la position dominante	
	Suisse	Position dominante qualifiée est obligatoire
	Europe	Position dominante est un indice mais pas obligatoire
	USA	Position dominante est un indice mais pas obligatoire

3. Le degré de la preuve et le niveau de l'atteinte

1404 Les trois tests requièrent une atteinte spécifique à la concurrence et une preuve de celle-ci. Après une pratique jugée sévère de chacune des trois autorités, les autorités judiciaires de chacun des régimes sont intervenues pour **exiger un rehaussement** du degré de l'atteinte et de la preuve des conditions matérielles permettant à l'autorité de prononcer une interdiction.

1405 En **Suisse**, dans l'**affaire Swissgrid** en 2007, le Tribunal fédéral a rehaussé le niveau d'atteinte à la concurrence devant être atteint pour que la Comco puisse interdire une concentration jusqu'au point où la concentration doit **supprimer** toute concurrence actuelle et potentielle (N 198).

1406 En **Europe**, le Tribunal, dans l'**affaire CK Telecoms UK c. Commission** de 2020, a rappelé la DG Concurrence à l'ordre, en annulant sa décision et en précisant que l'autorité devait démontrer de manière circonstanciée que le risque d'entrave était important et que l'entrave était bien **significative**. Un simple faisceau d'indices démontrant un risque d'effet anticoncurrentiel n'est pas suffisant pour l'autorité supérieure (N 640).

1407 Aux **Etats-Unis**, la *District Court* pour le district de Columbia a également rehaussé le degré de la preuve dans l'**affaire US v. AT&T/ Time Warner**, en 2018, en désavouant le DOJ, qui n'avait pas suffisamment prouvé que cette concentration verticale provoquait une diminution **substantielle** de la concurrence. La simple possibilité que la concentration génère des effets anticoncurrentiels ne suffit pas (N 1073)¹⁴⁸⁷.

1408 Le **projet de loi Klobuchar** (N 1076) vise cependant à abaisser l'exigence de diminution de la concurrence sur le marché pour que les Agences américaines puissent empêcher une concentration, en la fixant à « toute diminution matérielle de la concurrence, soit toute diminution qui dépasse une atteinte *de minimis* »¹⁴⁸⁸.

1487 Affaire *United States v. AT&T/ Time Warner*, Memorandum opinion, N1N17-2511, US District Court, District of Columbia (2018), p. 51.

1488 **KLOBUCHAR**, *Bill to amend the Clayton Act*, S. 1812, 115th Congress (2017), n° 23, p. 4.

Le niveau de l’atteinte et le degré de la preuve	
Suisse	Position dominante doit supprimer la concurrence efficace.
Europe	Entrave doit être significative, un simple risque d’effets anticoncurrentiels ne suffit pas.
USA	Diminution doit être substantielle, une simple possibilité d’effets anticoncurrentiels ne suffit pas.

1409

4. Les tests des concentrations verticales, horizontales et
conglomérales

De l’analyse comparée réalisée dans les chapitres 3 à 5, nous déduisons que les trois autorités appliquent **quatre schémas de tests distincts** (N 438). Les critères examinés par les autorités diffèrent selon que la concentration génère des effets non coordonnés (ou un risque de dominance individuelle) en raison d’une concentration horizontale (test de type A), verticale (test de type B) ou conglomérale (test de type C), ou selon qu’elle génère des effets coordonnés (ou crée un risque de dominance collective) (test de type D).

1410

Les critères appliqués par chacune des autorités dans les tests de type A, B, C et D sont généralement **similaires** mais varient d’une autorité à l’autre. Le tableau ci-dessous représente les types de tests en fonction du type de concentration et de dominance, et du type d’effets.

1411

Type d’effets	Concentration horizontale	Concentration verticale	Concentration conglomérale
Effets non coordonnés (dominance individuelle)	Test type A	Test type B	Test type C
Effets coordonnés (dominance collective)		Test type D	

1412

5. Le taux d’intervention

De l’avis apparemment unanime des experts consultés par Swiss Economics dans la première expertise commandée par le SECO, **le test SIEC conduit à un plus haut taux d’intervention** que le test de dominance suisse¹⁴⁸⁹.

1413

Nos statistiques tendent cependant à démontrer le contraire. Le taux d’interdiction des concentrations est **plus haut en Suisse** que dans l’Union européenne et les Etats-Unis.

1414

Par ailleurs, le taux d’interventions **total** de l’autorité suisse est plus bas que celui de la DG Concurrence, mais plus élevé que celui des Agences américaines.

1415

1489 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 46.

1416 En **Suisse**, sur 741 décisions notifiées depuis 1997 jusqu'à fin 2019, la Comco a interdit trois concentrations¹⁴⁹⁰ et en a autorisé 22 moyennant le respect de charges et de conditions, ce qui représente 0.4% d'interdictions et 2.97% de charges et conditions. En outre, au moins trois concentrations ont été abandonnées par les parties après ouverture d'un examen approfondi par le Secrétariat (N213). Au total, par son contrôle, la Comco a conduit à l'interdiction, l'abandon, la modification ou l'acceptation sous charges et conditions de 28 concentrations, ce qui représente 3.78% d'intervention¹⁴⁹¹.

1417 Dans l'**Union européenne**, sur 5'251 concentrations notifiées entre 2004¹⁴⁹² et 2019, l'autorité a prononcé 11 décisions d'interdiction de la concentration et 274 autorisations sous charges et conditions¹⁴⁹³. Cela représente 0.21% d'interdictions et 5.22% d'autorisations sous charges et conditions. Au total, par son contrôle, la DG Concurrence a conduit à l'interdiction, l'abandon, la modification ou l'acceptation sous charges et conditions de 412 concentrations, soit 7.85% des cas (N644)¹⁴⁹⁴.

1418 Il est intéressant de relever qu'**avant l'entrée en vigueur du test SIEC** en Europe, la DG Concurrence s'est vu notifier 2'350 concentrations entre 1990 et 2003. L'autorité avait prononcé 19 interdictions et 174 autorisations sous charges et conditions, soit 0.81% d'interdictions et 7.40% de charges et conditions. Le total des interventions, soit des interdictions, abandons, modifications ou charges et conditions, s'élève à 273, soit 11.62%.

1419 Aux **Etats-Unis**, les Agences se sont vu notifier 49'034 concentrations entre 1997 et 2019. Les Agences ont obtenu 15 décisions d'interdiction et ont accepté 672 concentrations moyennant l'adoption de charges ou conditions, ou après modification du projet de concentration (N1079). Cela représente 0.03% d'interdictions et 1.37% de charges et conditions. Au total, par leur contrôle, les Agences ont conduit à l'interdiction, l'abandon, la modification ou l'acceptation sous charges et conditions de 987 concentrations, soit 2.01% des cas (N1080)¹⁴⁹⁵.

1420 Relevons que le très faible nombre d'interdictions en Suisse affecte notablement la comparaison des taux en raison du fait qu'une seule concentration

1490 Affaire *Ticketcorner Holding AG/Tamedia AG/Ticketcorner AG/Starticket AG*, DPC2018/3, p. 616ss; Affaire *France Télécom/Sunrise*, DPC2010/3, p. 499ss; Affaire *Berner Zeitung/20 Minuten*, DPC2004/2, p. 529ss.

1491 28 et 3,78% sont des résultats minimums, compte tenu du fait que nous avons identifié au moins trois abandons, mais qu'il n'est pas exclu qu'il y en ait davantage (N213).

1492 Date d'entrée en vigueur du test Règlement 139/2004 prévoyant le test SIEC.

1493 Cf. Annexe II.

1494 Directorate General for Competition, *Merger Statistics*.

1495 Cf. ég. **ASHENFELTER/HOSKEN**, *The Effect of Mergers*, p. 419.

de plus ou de moins sur la période examinée de plus de vingt ans, aurait une importance considérable sur le taux d’interdictions. En particulier, une interdiction de moins conduirait au même taux qu’en Europe. Il est néanmoins intéressant de constater qu’en termes d’interdictions, **la Comco a le taux le plus élevé** en comparaison avec la DG Concurrence et les Agences américaines.

On constate également qu’en tenant compte des interdictions, des abandons, des modifications ou des autorisations moyennant charges et conditions, on peut déduire un **taux total d’intervention des autorités**. La Comco influence par son activité un taux de 3.78% des concentrations, situé entre celui de la DG Concurrence qui se monte à 7.85% et celui des Agences américaines, qui atteint 2.01%.

	Suisse 1997–2019	Europe dès 2004	Europe 1990–2003	USA 1997–2019
Notifiées	741	5'251	2'350	49'034
Interdites	3	11	19	15
%	0.4%	0.21%	0.81%	0.03%
Charges et conditions	22	274	174	672
%	2.97%	5.22%	7.40%	1.37%
Interdites, soumises à charges et conditions, abandonnées, restructurées.	28	412	273	987
%	3.78%	7.85%	11.62%	2.01%

B. La comparaison par critère

1. La détermination du marché des produits

Lorsqu’elle détermine le marché pertinent, la **Comco** examine la substitution des produits du côté de la demande et du côté de l’offre. Cela signifie qu’elle détermine si les consommateurs peuvent détourner leurs commandes vers d’autres produits, ainsi que si les fournisseurs d’un produit sont capables à court terme, de réorienter leur production vers des produits ou services compris dans le marché pertinent (N 226).

La **DG Concurrence** examine la substituabilité des produits du côté de la demande (N 652) et du côté de l’offre (N 654). Cela signifie qu’elle doit déterminer, d’une part, vers quel produit les consommateurs se redirigeraient en cas d’augmentation des prix, de baisse des quantités ou de la qualité du produit examiné, ainsi que, d’autre part, l’interchangeabilité des fournisseurs en concurrence pour fournir un produit spécifique.

1425 Les **Agences américaines** n'examinent que la substituabilité des produits du côté de la demande (N 1086). La réaction des fournisseurs en fonction de la substitution des consommateurs, soit la substituabilité du côté de l'offre, est un indice permettant de déterminer quels acteurs peuvent faire partie du marché examiné, mais ceci est une question différente de la détermination du marché des produits.

1426

Détermination du marché des produits	
Suisse	Substituabilité du côté de l'offre et de la demande
Europe	Substituabilité du côté de l'offre et de la demande
USA	Substituabilité du côté de la demande

2. Les effets anticoncurrentiels

- a. Dans les concentrations horizontales
 - (i) Les parts de marché

1427 En termes de critères du test permettant de déterminer l'effet anticoncurrentiel potentiel que pourrait avoir la concentration, chaque test utilise la part de marché. Les régimes suisse et européen connaissent une forme de « *safe harbor* », un **seuil** en dessous duquel la concentration peut être considérée comme inoffensive sur le plan de la concurrence.

1428 En **Suisse**, d'après la doctrine et la pratique de la Comco, une part élevée de marché ne constitue pas *per se* une position dominante. Le seuil critique de 50% est cependant considéré comme un indice de l'existence d'une position dominante (N 275)¹⁴⁹⁶. En dessous de 20% détenus ensemble par les parties, ou de 30% détenus par une entité seule, la Comco considère que la concentration est inoffensive (N 273).

1429 En **Europe**, la DG Concurrence est plus permissive qu'en Suisse pour les parts de marché détenues ensemble par les parties, puisqu'elle fixe à 25% de parts le seuil en dessous duquel la concentration est réputée inoffensive. En revanche, une part dépassant 50% du marché peut constituer la preuve de l'existence d'une dominance individuelle de l'entité résultante (N 723)¹⁴⁹⁷.

1430 Aux **Etats-Unis**, les Agences américaines n'ont pas prévu de seuil pour un « *safe harbor* », ni de plafond au-delà duquel l'entité résultante est présumée détenir une position dominante, dans leurs *Guidelines* (N 1135)¹⁴⁹⁸.

1496 Affaire TF Publigroupe SA / Comco, ATF 139 I 72, consid. 9.3.3.2, DPC 2013/1, p. 129; BSK KG-REINERT/BLOCH, art. 4 al. 2 LCart n° 277.

1497 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 17.

1498 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 5.2, p. 16s.

	Suisse	Europe	USA
<i>Safe harbor</i>	20% détenus ensemble, 30% individuellement	25% détenus ensemble	Pas de safe harbor
Part de marché > 50%	Indice de la création d'une position dominante	Peut être une preuve de dominance individuelle	Pas de seuil

1431

(ii) Le degré de concentration du marché

En matière de concentration du marché, toutes les autorités utilisent l'**indice Herfindahl-Hirschman (IHH)** et sa variation suite à la concentration (delta) (N 282).

1432

La **Comco** considère qu'une concentration ne pose en principe pas de problème de concurrence lorsqu'elle intervient sur un marché dont l'IHH est inférieur à 1000 : aucune analyse approfondie n'est alors nécessaire. Lorsque l'IHH est compris entre 1000 et 2000 et que le delta est inférieur à 250, ou l'IHH supérieur à 2000 et que le delta est inférieur à 150, la concentration ne pose en principe pas de problème de concurrence, mais une analyse approfondie peut être nécessaire. Lorsque l'IHH est supérieur à 2000 et le delta supérieur à 150, la concentration n'est pas sans risque pour la concurrence et une analyse approfondie peut être nécessaire (N 289).

1433

La **DG Concurrence** considère qu'il est peu probable que la concentration engendre des problèmes de concurrence et renonce à un examen approfondi lorsque l'opération conduit à une concentration du marché dont l'IHH est inférieur à 1000. Lorsque l'IHH est compris entre 1000 et 2000 à l'issue de l'opération et que le delta est de moins de 250, ou supérieur à 2000 à l'issue de l'opération et que le delta est de moins de 150, il est peu probable que la concentration engendre des problèmes de concurrence et la DG Concurrence ne conduit à un examen approfondi que si d'autres facteurs sont réunis (N 734).

1434

Les **Agences américaines** considèrent qu'une concentration n'est pas susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels, lorsque le degré de concentration du marché est inférieur à 1500. Elles considèrent une concentration comme susceptible d'engendrer des effets anticoncurrentiels lorsque le degré de concentration est compris entre 1500 et 2500 et que le delta est supérieur à 100. De plus, selon les Agences, un IHH supérieur à 2500 et un delta supérieur à 200 entraînent une présomption d'augmentation du pouvoir de marché de l'entité résultante (N 1144).

1435

On constate que les autorités suisse et européenne appliquent les mêmes seuils. Les Agences américaines ont fixé des seuils plus élevés en dessous desquels elles excluent les risques anticoncurrentiels d'une concentration.

1436

Sur ce critère, elles sont donc **plus souples** que les autorités suisse et européenne avec les concentrations sur des marchés peu concentrés. En revanche, elles posent une présomption de création d'un fort pouvoir de marché lorsque l'IHH dépasse 2500 et le delta est supérieur à 200.

(iii) *La proximité concurrentielle des parties*

1437 Le **test suisse** ne prend pas en compte l'examen des effets unilatéraux (N 298)¹⁴⁹⁹. Le renforcement de la position dominante, qui ne supprime pas la concurrence efficace, n'est pas un critère d'intervention de la Comco. Or les **effets unilatéraux** peuvent se produire indépendamment de la création ou du renforcement d'une position dominante et, à plus forte raison, ne conduisent pas nécessairement à la suppression de la concurrence efficace¹⁵⁰⁰.

1438 Le **test européen** appréhende les effets unilatéraux au sens strict (N 715), soit l'augmentation des prix sur le marché en raison de la suppression de la pression concurrentielle que s'imposaient les parties à la concentration avant l'opération sans pour autant qu'elle ne crée ou renforce une position dominante (N 717)¹⁵⁰¹.

1439 Le **test américain** traite des effets unilatéraux. Les *horizontal merger Guidelines* indiquent expressément que la suppression de la concurrence entre les parties à la concentration peut, à elle seule, diminuer substantiellement la concurrence¹⁵⁰².

1440

Effets unilatéraux	
Suisse	Non
Europe	Oui
USA	Oui

1441 Pour mesurer les effets unilatéraux engendrés par la suppression de la pression concurrentielle, les autorités qui connaissent ce critère appliquent des **tests quantitatifs**. La DG Concurrence (N 743) et les Agences américaines (N 1157) appliquent toutes les deux l'élasticité-prix croisée de la demande, les ratios de diversion, le GUPPI, l'UPP et la simulation de la concentration.

1499 Message LCart 2012, p. 3655; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 43; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 77.

1500 **LIANOS/KORAH/SICILIANI**, *Competition Law*, p. 1568.

1501 Règlement 139/2004, consid. 25; **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 1 et 28; **KOKKORIS/SHELANSKI**, *EU Merger Control*, n° 7.55; **MOSSO**, *Merger Enforcement*, p. 13; **ROSENTHAL/THOMAS**, *European Merger Control*, n° 118, p. 117.

1502 DOJ et FTC Horizontal Merger Guidelines 2010, Sect. 6, p. 20.

(iv) *La capacité financière*

La **Comco** utilise l'argument de la capacité financière des parties à la concentration comme indice d'un risque de création ou de renforcement de la position dominante capable de supprimer la concurrence efficace. La capacité financière est vue comme un outil qui permet à une entité de mener avec succès une guerre de prix pour acquérir de nouvelles parts de marché (N 309)¹⁵⁰³. 1442

La **DG Concurrence** n'utilise pas le critère de la capacité financière comme un risque d'entrave à la concurrence efficace. En revanche, elle peut tenir compte de la puissance financière des parties dans leur capacité à freiner l'expansion de concurrents (N 767). L'autorité a relativisé l'importance de l'utilisation de ce critère, partant qu'une concentration est presque inévitablement source d'augmentation de la puissance financière de l'entité résultante, mais pas nécessairement d'effets anticoncurrentiels. Par conséquent ce critère ne permet pas souvent de désigner une concentration comme nuisible sur le plan de la concurrence (N 890). 1443

Les **Agences américaines** n'utilisent pas la capacité financière comme indice de diminution substantielle de la concurrence en tant que telle. Elles examinent en revanche, comme la Comco (N 428) et la DG Concurrence (N 888), la puissance, la force ou la capacité financière en tant qu'outil permettant aux entités résultant de concentrations conglomerales, d'imposer une discipline tarifaire à leurs concurrents, en particulier lorsque l'opération unit une entité puissante financièrement qui pourrait servir d'instrument pour subventionner une opération agressive sur les prix de l'autre entité pour gagner des parts de marché (N 1245). Comme en Europe (N 1443), ce critère est remis en question par certains auteurs américains (N 1247). 1444

La capacité financière	
Suisse	Oui, comme indice de la position dominante
Europe	Non, mais indice de risque de frein à l'expansion des concurrents
USA	Non, mais indice de risque de discipline tarifaire

1445

(v) *L'évolution du marché*

Les **trois régimes examinés** envisagent la concentration de **manière dynamique**, c'est-à-dire en tenant compte des évolutions du marché. On entend par là les phases de marché de croissance, de maturité et de déclin, ou la prise 1446

1503 Affaire *Tamedia/Basler Zeitung*, DPC 2018/4, N. 235, p. 977; N. 268, p. 980.

en compte d'entrées futures sur le marché en tant que facteur de contrepoids permettant d'autoriser une concentration (N 937).

1447 Le **droit suisse** prévoit expressément que la Comco, en évaluant les ef-
fets d'une concentration d'entreprises sur l'efficacité de la concurrence,
tienne aussi compte de l'évolution du marché (art. 10 al. 4 LCart). Ce critère dis-
pose d'une portée propre et peut être évalué en marge des autres critères
d'examen d'une concentration (N 527). Il est question ici de tenir compte, dans
l'examen de la concurrence actuelle, de la phase de marché. En effet, dans les
phases de jeunesse du marché, les critères structurels, tels que les parts de
marché ou la concentration doivent jouer un rôle moins important dans
l'évaluation de la concentration en raison du fait que ces paramètres peuvent
changer rapidement en fonction par exemple du développement d'un concur-
rent particulièrement innovant, susceptible de croître rapidement (N 530).

1448 Le **droit européen** prévoit également un examen dynamique de la
concentration et considère les éventuelles entrées et sorties futures du mar-
ché. L'autorité en tient compte dans les facteurs de contrepoids, partant qu'une
entrée future d'un concurrent est de nature à augmenter la concurrence, en
particulier si celle-ci survient dans une phase de croissance du marché (N 949).

1449 Le **droit américain** requiert également la prise en compte des entrées
potentielles sur le marché en tant que facteur de contrepoids. Les Agences
n'indiquent pas pour autant prendre en compte les phases de marché pour
déterminer les chances d'une entrée couronnée de succès (N 1278).

1450 Il faut donc distinguer les utilisations qui sont faites par chacune des
autorités, du critère de l'**évolution du marché**, d'une part, et de l'**entrée de
nouveaux concurrents**, d'autre part. Le premier, examiné comme para-
mètre structurel du marché, est uniquement pris en compte en Suisse. Comme
paramètre appuyant la probabilité d'une entrée de nouveaux concurrents
sur le marché, ce critère est utilisé en droit suisse comme en droit européen,
mais pas explicitement en droit américain. L'entrée de nouveaux concur-
rents, de manière générale, est examinée par chacune des autorités des ré-
gimes comparés, comme facteur de contrepoids.

1451

L'évolution du marché			
	Comme critère indépen- dant dans l'examen des effets anticoncurrentiels	Comme paramètre appuyant la probabilité d'une entrée sur le marché	Comme la prise en compte d'entrées poten- tielles futures sur le marché
Suisse	Oui	Oui	Oui
Europe	Non	Oui	Oui
USA	Non	Non	Oui

(vi) *La difficulté des concurrents d’augmenter leur production*

La difficulté des concurrents d’augmenter leur production est un critère 1452
connu des autorités européenne (N 760) et américaines (N 1171). En Suisse, la
Comco a connaissance également de ce critère et l’a appliqué **à une occasion**
sans s’y attarder toutefois (N 307).

Ce critère a été ainsi **importé en Suisse**, puisqu’il figure dans les *Guide-* 1453
lines des Agences américaines et dans les Lignes directrices européennes¹⁵⁰⁴.
La Comco l’a d’ailleurs appliqué dans une décision qui faisait l’objet d’un
contrôle par la DG Concurrence¹⁵⁰⁵.

La difficulté des concurrents d’augmenter leur production		1454
Suisse	Oui	
Europe	Oui	
USA	Oui	

(vii) *La capacité des parties de freiner l’expansion des concurrents*

La **Comco** n’a encore rendu aucune décision à ce jour en matière de concen- 1455
tration qui relève le risque que l’entité résultante puisse freiner l’expansion
de ses concurrents, soit en restreignant l’accès à des ressources nécessaires
à la production, en faisant l’acquisition de titulaires de droits de propriété
intellectuelle dans le but d’entraver leur développement, soit par l’acquisi-
tion d’un concurrent particulièrement innovant.

La **DG Concurrence** examine en revanche ce critère pour déterminer 1456
si une concentration est à même d’engendrer des effets anticoncurrentiels
non coordonnés (N 764).

Les **Agences américaines** connaissent également ce critère (N 1174). 1457
Aux Etats-Unis, examiner si la concentration intervient dans le but de freiner
l’expansion de ses concurrents, s’inscrit particulièrement dans le courant
selon lequel le droit de la concurrence protège le processus concurrentiel, qui
vise à déterminer notamment le but poursuivi par l’opération en cause (N 93).

La capacité de freiner l’expansion des concurrents		1458
Suisse	Non	
Europe	Oui	
USA	Oui	

1504 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 32 ; DOJ et FTC Horizon-
tal Merger Guidelines 2010, Sect. 6.3.

1505 Affaire *HSDG/Maersk*, DPC 2017/4, n° 245, p. 613.

b. Dans les concentrations verticales

(i) *Le verrouillage du marché*

1459 Dans les concentrations verticales, les **trois autorités** examinent les risques que l'entreprise en dominance individuelle, respectivement dans les cas d'effets non coordonnés, soit en mesure de verrouiller le marché du côté des intrants ou des clients.

1460 Pour estimer le risque de verrouillage, la Comco (N 368) et la DG Concurrence (N 805) examinent la **capacité** des parties à verrouiller le marché, l'**opportunité** de le faire et l'**effet** sur la concurrence d'un tel verrouillage.

1461 Aux Etats-Unis, depuis l'adoption des nouvelles **Guidelines 2020**, les Agences américaines examinent elles aussi la capacité et l'opportunité de verrouiller le marché, ainsi que les effets sur la concurrence (N 1219). Pour déterminer si ces trois critères sont remplis, les *Guidelines* prévoient l'application de modèles économiques similaires à ceux visant à déterminer les risques d'effets unilatéraux (N 1221), ce qui nous semble novateur et se distingue de l'examen mené selon le droit suisse ou européen.

1462

Le verrouillage du marché	
Suisse	Capacité, opportunité et effet sur la concurrence
Europe	Capacité, opportunité et effet sur la concurrence
USA	Capacité, opportunité et effet sur la concurrence

(ii) *Les autres effets non coordonnés*

1463 Les droits des trois systèmes comparés ne montrent pas de différence particulière dans leur approche des autres effets non coordonnés. Les autorités ne disposent pas d'un catalogue de critères (N 201), mais basent leur analyse sur différents facteurs et conditions¹⁵⁰⁶. **Les autorités ne sont pas limitées** dans leur examen des effets anticoncurrentiels d'une concentration verticale conduisant à un comportement non coordonné, si bien que les exemples décrits dans chacun des régimes correspondent davantage à des cas issus de la pratique de l'autorité ou à des suggestions de la doctrine, qu'à des prescriptions légales.

1464 La présentation de ces systèmes ne fournit pas d'élément particulier à mettre en évidence **au stade de la comparaison**, car les critères cités par les autorités sont théoriquement applicables devant chaque autorité.

1506 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 13.

c. Les effets coordonnés ou la dominance collective

Nous avons démontré qu'en matière de dominance collective, respectivement d'effets coordonnés, **les trois autorités appliquent un même schéma** de test de type D (N 1410). 1465

Dans ce test, il faut néanmoins relever une **différence** entre le système suisse d'une part et les systèmes européen et américain d'autre part. 1466

En effet, le Tribunal fédéral a précisé que la création ou le renforcement de la position dominante devaient conduire à une **dominance qualifiée**, soit capable de supprimer la concurrence efficace. La concurrence doit donc exister avant l'opération de concentration (N 456). Par conséquent, en matière de contrôle des concentrations verticales conduisant à une position dominante collective, la Comco ne peut pas rechercher des preuves d'une coordination passée pour établir un risque de coordination future¹⁵⁰⁷. En effet, si elle parvenait à prouver une coordination passée dans le cadre du contrôle, par exemple en démontrant que les prix du marché sont corrélés les uns aux autres d'année en année, elle démontrerait ainsi que la concurrence est déjà inexistante sur le marché et qu'ainsi la concentration ne peut pas causer sa suppression (N 328). 1467

La **DG Concurrence** (N 840), de même que les **Agences américaines** (N 1183) indiquent toutes deux évaluer le risque de coordination du comportement futur en recherchant notamment des preuves de coordination passée, pour démontrer que le marché est propice à un tel comportement. 1468

Les effets coordonnés / la dominance collective	
Suisse	Pas de recherche de preuve d'une coordination passée
Europe	Recherche de preuves d'une coordination passée
USA	Recherche de preuves d'une coordination passée

1469

3. Le lien de causalité

Dans **chacun des trois systèmes** comparés, il doit exister un lien de causalité entre la suppression de la concurrence efficace, respectivement l'entrave significative à la concurrence effective, ou la diminution substantielle de la concurrence et la concentration examinée (N 443 ; N 907 ; N 1261). 1470

1507 Contra : BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 130, 132 et 154.

1471

Les lien de causalité	
Suisse	Oui
Europe	Oui
USA	Oui

1472 Les autorités apportent des **réponses différentes** sur la question du lien de causalité, notamment lorsque plusieurs concentrations surviennent simultanément sur le même marché (a.), lorsque la concurrence était déjà atteinte avant la concentration (b.) et selon que l'entreprise acquise est de toute façon vouée à disparaître (c.).

a. Les concentrations simultanées

1473 En Suisse, la question de l'examen de concentrations simultanées s'est posée dans une affaire en 2018. La Comco a cité la solution européenne, indiquant, en sus, qu'elle présentait l'avantage de ne pas faire dépendre une concentration de son propre jugement dans une autre affaire pendante. Elle a cependant **laissé la question ouverte**, partant qu'elle n'a pas conduit d'examen approfondi dans cette affaire (N 448).

1474 En droit européen, l'autorité est passée d'une pratique à une autre, en contrôlant, dans un premier temps, les concentrations simultanées en tenant compte des autres opérations pendantes (N 910), puis, dans un second temps, en appliquant un ordre d'arrivée et en rendant une décision fondée sur **les conditions du marché à la date de notification** (N 912).

1475 Aux Etats-Unis, les Agences examinent en principe les concentrations simultanées **ensemble** (N 1263).

1476

Les concentrations simultanées	
Suisse	Question laissée ouverte
Europe	Examen par ordre d'arrivée selon les conditions à la notification
USA	Examen d'ensemble

b. L'absence de concurrence avant la concentration

1477 En **droit suisse**, lorsque la concurrence est déjà inexistante sur le marché avant la concentration, en raison, par exemple, d'un haut niveau de concentration du marché, la Comco ne peut pas interdire ou soumettre une concentration à charges ou conditions. Le Tribunal fédéral a confirmé, dans sa juris-

prudence, la nécessité de l'existence d'une concurrence avant l'opération pour qu'elle puisse être supprimée par la concentration (N 456)¹⁵⁰⁸.

Nous arrivons également à la conclusion que cette condition est valable 1478 pour les concentrations créant un risque de **dominance collective**. C'est la raison pour laquelle la Comco ne peut pas, selon nous, examiner le comportement coordonné passé sur le marché pour en déduire un risque de coordination future. En le démontrant, elle prouverait du même coup que la concentration n'est pas causale du comportement coordonné (N 328).

En **droit européen**, la DG Concurrence procède à une analyse diffé- 1479 rente de celle du Tribunal fédéral suisse (N 1477). L'autorité considère que la concentration est une nouvelle cause de l'entrave à la concurrence qui lui préexistait. Ainsi selon l'autorité, il ne suffit pas que les conditions de la concurrence soient identiques avant et après la concentration pour pouvoir l'autoriser, mais il convient également d'examiner si l'entrave postérieure à la concentration n'est pas causée par la concentration (N 918).

En **droit américain**, l'absence de concurrence ou la faible concurrence 1480 avant la survenance de la concentration renforce les soupçons que celle-ci va générer des effets anticoncurrentiels (N 1265). Le droit prévoyant en outre que le maintien d'une situation de monopole est interdit, les Agences disposent d'une base légale pour intervenir (N 1267). Ainsi, au contraire du droit suisse, le droit américain a davantage de chances d'intervenir contre une concentration survenant sur un marché sur lequel la concurrence est faible.

L'absence de concurrence antérieure rompt le lien de causalité		1481
Suisse	Oui	
Europe	Non	
USA	Non	

c. L'entreprise défaillante

L'exception de l'entreprise défaillante est un cas de **rupture du lien de cau-** 1482 **salité** entre la concentration et l'atteinte à la concurrence. La détérioration de la structure de la concurrence qui se produit après la concentration ne peut pas être considérée comme étant causée par l'opération¹⁵⁰⁹.

Les **trois autorités** admettent la défense de l'entreprise défaillante. Bien 1483 que la formulation des critères diffère légèrement, ils sont matériellement identiques (N 464 ; N 923 ; N 1272).

1508 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 8.3, p. 329; Affaire *AZ Medien/ NZZ*, DPC 2018/4, n° 332, p. 914.

1509 Lignes directrices sur les concentrations horizontales, para. 89.

1484

L'entreprise défaillante	
Suisse	Oui
Europe	Oui
USA	Oui

4. Les facteurs de contrepoids

1485

La présentation des facteurs de contrepoids examinés par les autorités a démontré que les régimes sont similaires, sinon identiques, dans leur prise en compte de l'effet disciplinant de la **concurrence potentielle**. Les critères pour estimer celle-ci sont les mêmes en Suisse (N 483), en droit européen (N 940) et en droit américain (N 1281).

1486

La concurrence potentielle	
Suisse	Oui
Europe	Oui
USA	Oui

1487

Les tests sont essentiellement les mêmes en matière de discipline par les co-contractants ou de **puissance d'achat compensatrice**. Les trois autorités examinent la discipline que peut imposer un cocontractant puissant à l'entité résultant de la concentration (N 497 ; N 956 ; N 1302).

1488

La puissance d'achat compensatrice	
Suisse	Oui
Europe	Oui
USA	Oui

1489

En revanche, l'analyse a fait apparaître des **différences** entre les trois systèmes juridiques en matière de prise en compte des gains d'efficacité (a.), de l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché (b.) et de la concurrence internationale (c.).

a. Les gains d'efficacité

1490

Bien que la question soit sujette à débats (N 506) et bien que cela n'ait pas toujours été présenté de manière univoque par la Comco (N 505), le **droit suisse** ne permet pas à notre avis d'autoriser des concentrations qui réalisent des gains d'efficacité sur leur marché, même s'ils sont plus importants que la

suppression de la concurrence qu’elles engendrent, tant que la concurrence efficace est supprimée par l’effet de la concentration (N 514)¹⁵¹⁰.

En **droit européen**, les gains d’efficacité découlant d’une concentration peuvent permettre à la DG Concurrence de l’autoriser, s’ils sont à l’avantage des consommateurs, vérifiables par l’autorité et spécifiques à la concentration (N 985). 1491

En **droit américain**, les Agences peuvent également autoriser une concentration réalisant des gains d’efficacité aux mêmes conditions qu’en droit européen, si ceux-ci sont réalisés sur le même marché affecté par une diminution de la concurrence en raison de la concentration (N 1317). 1492

Gains d’efficacité sur le même marché		1493
Suisse	Non	
Europe	Oui	
USA	Oui	

b. L’amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché

Le **test matériel suisse** prévoit que la concentration peut être autorisée si elle provoque une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l’emporte sur les inconvénients de la position dominante (art. 10 al. 2 let. b LCart) (N 521). 1494

En **droit européen**, les Lignes directrices prévoient que les gains d’efficacité doivent être réalisés sur les marchés où, à défaut de tels gains, l’opération soulèverait des problèmes de concurrence. Les gains d’efficacité sur d’autres marchés ne sont en principe pas pris en compte (N 987). 1495

En **droit américain**, les gains d’efficacité doivent exclusivement se réaliser sur le marché touché par les effets anticoncurrentiels (N 1320). La Cour suprême a exclu une compensation de la baisse de concurrence sur un marché par une amélioration de celle-ci sur un autre marché, dans l’affaire **United States v. Philadelphia National Bank** (N 1322)¹⁵¹¹. 1496

Amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché		1497
Suisse	Oui	
Europe	Non	
USA	Non	

1510 Message LCart 2012, p. 3706.

1511 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 370 s.

c. La concurrence internationale

1498 En Suisse, la **Comco** doit prendre en compte la position des entreprises dans la concurrence internationale (art. 10 al. 4 LCart). Elle a déjà eu l'occasion d'appliquer cette règle pour autoriser une concentration d'entreprises suisses devant faire face à une série de concentrations à l'étranger, visant un marché international (N 536). Le critère est distinct de l'examen de la concurrence potentielle (N 532).

1499 La **DG Concurrence** ne tient pas compte de la concurrence externe à l'Union, si celle-ci n'est pas susceptible de provoquer une entrée rapide sur le marché communautaire et d'être appréhendée en tant qu'entrant potentiel (N 937)¹⁵¹².

1500 Les **Agences américaines** ne reconnaissent pas non plus la situation concurrentielle internationale comme un facteur apte à provoquer l'autorisation d'une concentration susceptible de diminuer la concurrence sur le marché américain. Seule une entrée potentielle venue de l'extérieur peut être prise en compte en tant que concurrence internationale (N 1278).

1501

Concurrence internationale	
Suisse	Oui
Europe	Non
USA	Non

5. Les mesures correctives

1502 Sur le principe, les **trois autorités** peuvent admettre des concentrations moyennant le respect de charges ou de conditions par les parties (N 544 ; N 1005 ; N 1333). Il s'agit de mesures ayant un effet structurel ou un effet non structurel (ou comportemental).

1503 En **Suisse**, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, les mesures n'ont pas nécessairement besoin de résulter d'un consensus entre l'autorité et les parties, mais doivent être prononcées unilatéralement par la Comco (N 550). La cession d'une activité à un acquéreur approprié (N 570) est la mesure la plus courante avec 11 cessions sur 22 décisions soumises à charges et conditions, soit 50% des cas (N 571).

1504 En **Europe**, la DG Concurrence n'est pas en mesure de fixer unilatéralement les charges et conditions. Celles-ci doivent provenir des parties et l'auto-

1512 BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 167 ; **NEFF**, *Auflagen und Bedingungen*, n° 5 ; **STURNY**, *Einfluss der EU Recht*, p. 120 ; Affaire COMP/M.8677 *Siemens/Alstom*, para. 90ss.

rité peut les accepter ou non, si elle considère qu’elles ne sont pas à même d’empêcher les effets anticoncurrentiels (N1009). La DG Concurrence préfère également la cession d’entreprise comme mesure corrective. L’autorité a admis une cession dans 71% des cas de mesures correctives entre 2011 et 2016 (N1010).

Aux **Etats-Unis**, les Agences contestent, en général, la concentration problématique tout en soumettant simultanément aux parties un accord de modification de la concentration pour éliminer leurs préoccupations concurrentielles¹⁵¹³. Les mesures le plus souvent appliquées sont également les cessions d’entreprises (N1338).

Les mesures correctives	
Suisse	Oui, peuvent provenir des parties ou de la Comco
Europe	Oui, doivent provenir des parties
USA	Oui, peuvent provenir des parties ou des Agences

C. Conclusions intermédiaires

En comparant nos analyses décrites dans les chapitres 3 à 5, nous avons **mis en exergue les différences et similitudes** dans le contrôle des concentrations par les autorités de chacun des systèmes.

Dans une **première partie** (N1395), nous avons opposé les caractéristiques fondamentales des tests :

Nous avons relevé que les trois systèmes trouvent leur fondement dans **deux préceptes distincts** :

1° Le premier consiste à affirmer qu’une certaine **structure** de marché entraîne la possibilité pour ses participants d’adopter un comportement anticoncurrentiel et que cette structure doit être évitée. C’est le fondement d’un test structurel tel que le test de dominance qualifiée appliqué en Suisse (N1395).

2° Le second consiste à dire qu’une structure de marché n’est pas à elle seule décisive pour interdire une concentration. La structure ne constitue qu’un indice d’un risque de **comportement** nuisant à la dynamique concurrentielle, mais les critères pertinents portent sur l’incitation économique des parties à adopter un comportement anticoncurrentiel. C’est le cas du test SIEC (N1396) et du test SLC (N1397).

1513 P. ex: FTC & DOJ, *Hart-Scott-Rodino Annual Report*, 2018, p.2.

- 1512 Cette distinction s'exprime notamment dans le fait que le test suisse demande l'établissement d'une **position dominante** (N1399), alors que les tests européen et américain nécessitent un effet sur la concurrence, soit une entrave à celle-ci (N1401), soit une diminution de celle-ci (N1402).
- 1513 De manière plus originale, nous avons établi une **nouvelle classification des tests** auxquels les trois autorités recourent pour approuver les différentes catégories de concentrations. Les tests se classent en quatre types A, B, C et D (N1410).
- 1514 Nous avons également établi que, en matière de dominance individuelle, même si les autorités proposent un test distinct pour les concentrations horizontales (Type A) et verticales (Type B), les **tests économétriques** utilisés sont les mêmes (N1461).
- 1515 Sur le plan statistique enfin, nous avons démontré que, contrairement aux avis examinés dans des recherches précédentes¹⁵¹⁴, **la Comco a le plus haut taux d'interdiction**, devant la DG Concurrence et les Agences américaines (N1420). Le taux d'intervention global de la Comco se situe entre celui de la DG Concurrence et des Agences, notamment en raison du fait que l'autorité suisse prononce près de deux fois moins d'autorisations sous charges et conditions que l'autorité européenne (N1422).
- 1516 Dans une **deuxième partie d'examen** (N1423), nous avons mis en évidence les différences des tests, critères par critères.
- 1517 Nous arrivons à la conclusion que **certains critères ont leur équivalent** dans tous les systèmes, alors que **d'autres varient légèrement** dans leur application. Il en va ainsi des seuils appliqués par les autorités dans l'examen des parts de marché (N1431), ainsi que des niveaux et des deltas de concentration du marché (N1432).
- 1518 D'autres enfin ne sont **pas appliqués dans tous les systèmes**. Parmi ceux-ci, nous avons relevé :
- les **effets unilatéraux** dans l'examen de la proximité concurrentielle des parties et de leurs concurrents, qui ne sont pas appréhendés en Suisse (N1437) ;
 - la capacité des parties de **freiner l'expansion** de ses concurrents, qui n'est également pas retenue en Suisse (N1455) ;
 - l'**absence de concurrence avant la concentration** sur le marché, qui empêche l'autorité suisse d'interdire la concentration alors que ce n'est pas le cas pour les autres (N1477) ;

1514 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 46.

- les **gains d'efficacité** réalisés sur le marché concerné, qui sont pris en compte en Union européenne et aux Etats-Unis mais pas en Suisse (N 1490) ;
- les **gains d'efficacité sur un autre marché**, qui peuvent justifier une concentration en Suisse mais pas en Union européenne ou aux Etats-Unis (N 1494) ;
- la position des parties dans la **concurrence internationale**, qui permet d'autoriser une concentration en Suisse mais pas en Europe et aux Etats-Unis (N 1498).

III. Les conséquences sur les cas limites

Après avoir mis en évidence les différences dans les tests des trois systèmes juridiques, nous les appliquons à des concentrations pour déterminer s'ils auraient entraîné un résultat différent dans les cas d'espèce. 1519

Dans l'analyse menée par **VATERLAUS et alii**, les auteurs ont sélectionné des concentrations suisses d'une importance particulière pour la politique de la concurrence suisse et les ont comparées à des concentrations similaires examinées sous le régime du test SIEC¹⁵¹⁵. 1520

A la manière du Directeur Général Adjoint de la DG Concurrence **MOSSO**, nous avons entrepris d'identifier des « **gap cases** », soit des cas de concentrations autorisés sous le régime du test de dominance et qui provoqueraient vraisemblablement une intervention de l'autorité sous le régime du test SIEC ou SLC (N 714)¹⁵¹⁶. 1521

Nous avons choisi de traiter, dans l'ordre chronologique de publication, les affaires *Fenaco/Steffen-Ris* (A.), *Galexis/Pharmapool* (B.), *AZ Medien/NZZ* (C.) avant de formuler des conclusions intermédiaires (D.). 1522

A. La décision Fenaco/Steffen-Ris

La Comco a autorisé la concentration *Fenaco/Steffen-Ris* le 12 mars 2008 tout en lui imposant le respect de charges comportementales¹⁵¹⁷. 1523

Fenaco est une fédération de société coopératives d'agriculteurs, s'occupant de la **distribution** de leur production. Par leur appartenance à des 1524

1515 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 11.

1516 **MOSSO**, *Merger Enforcement*, p. 13.

1517 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, p. 290.

coopératives fédérées sous l'égide de Fenaco, 75% à 80% des agriculteurs suisses en faisaient indirectement partie¹⁵¹⁸.

1525 Sur le marché le plus concentré, celui de la distribution de plantons de pommes de terre, Fenaco et Steffen-Ris détenaient ensemble **entre 50% et 60% du marché**. Leur premier concurrent, Geiser en détenait 10% à 20% et tous les plus petits concurrents pris ensemble détenaient 20% à 30% du marché¹⁵¹⁹. L'indice de concentration du marché (IHH) était de 3554 après l'opération, avec un delta de 1091¹⁵²⁰.

1526 Après avoir établi ces paramètres structurels démontrant l'absence de concurrence actuelle (N 258) et avoir constaté que la concentration avait pour effet de faire disparaître une alternative pour les agriculteurs qui souhaitaient vendre leurs plantons de pommes de terre à un autre distributeur que Fenaco/Steffen-Ris¹⁵²¹, la Comco a envisagé la **concurrentielle potentielle** (N 482) qui pourrait discipliner l'entité résultante, pour conclure qu'aucune entrée sur le marché n'était probable¹⁵²².

1527 La Comco a ensuite envisagé la concurrence internationale (N 532) pour l'exclure en raison de l'absence d'accord de libre-échange entre la Suisse et l'UE dans le secteur agroalimentaire¹⁵²³. Elle a exclu également l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché qui puisse l'emporter sur les inconvénients de la position dominante (N 521), celle-ci n'étant pas apparue d'emblée et n'ayant pas été alléguée par les parties¹⁵²⁴. La Comco a conclu que la concentration **créait une position dominante**. La structure du marché en était modifiée de sorte que la concurrence en était vraisemblablement supprimée¹⁵²⁵.

1528 Par conséquent, la Comco a **autorisé la concentration sous conditions**. Elle a chargé l'entité résultante de ne pas prévoir ou imposer aux producteurs une obligation d'achat ou de livraison auprès de Fenaco/Steffen-Ris, de prévenir les producteurs qu'ils étaient libérés de cette obligation et de prévenir le Secrétariat de la Comco dans un délai de six mois après l'entrée en force de la décision, de la bonne observation de cette charge¹⁵²⁶.

1518 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 23, p. 291.

1519 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 319, p. 330.

1520 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 317, p. 330.

1521 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 331, p. 331.

1522 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 326, p. 331.

1523 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 328, p. 331.

1524 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 333, p. 331.

1525 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 332, p. 331.

1526 Affaire *Fenaco/Steffen-Ris*, DPC 2008/2, n° 371, p. 336.

Ainsi, la Comco a autorisé une concentration d'une entité fédérant près de 1529 80% des producteurs d'un marché et maîtrisant 60% de parts de marché de la distribution de l'un de leurs produits, alors que le seul autre concurrent était trois fois plus petit avec 10 à 20% des parts de marché. L'autorité a chargé l'entité résultante de ne pas contraindre les producteurs de lui vendre leur production, alors même que, de fait, ils n'avaient qu'**une seule alternative**, dont on ignore si elle était à même d'accroître sa capacité de distribution (N 307). Les autres concurrents disposaient de parts de marché nettement trop petites pour supporter la distribution d'un si grand nombre de producteurs. Il s'agissait d'une concentration « 3-à-2 » (N 447) sur un marché hautement concentré avec un IHH de plus de 2000 et un delta supérieur à 250 (N 292).

En application du test SIEC, l'autorité aurait considéré que la **part de marché** particulièrement élevée, de plus de 50%, aurait constitué à elle seule 1530 la preuve de la création d'une position dominante (N 723).

La concentration supérieure à 2000 et le delta supérieur à 250 auraient 1531 été largement **en dehors des seuils du safe harbor** dans lequel l'autorité peut écarter le risque d'effet anticoncurrentiel (N 734). Dans la jurisprudence de la DG Concurrence, de nombreux exemples de fusions avec un degré de concentration similaire font l'objet de mesures. C'est le cas de l'affaire *INEOS/Solvay* qui a fait l'objet mesure structurelle¹⁵²⁷, et de l'affaire *Hutchison 3G UK/ Telefonica Ireland*, qui a fait l'objet d'une cession d'une part du marché détenu par les parties¹⁵²⁸. Avec des valeurs de concentrations similaires, la décision *Hutchison 3G UK/ Telefonica UK* a fait l'objet d'une interdiction (N 737)¹⁵²⁹.

Selon le test SIEC ou le test SLC, l'autorité aurait pu quantifier le risque 1532 d'effets unilatéraux, soit la perte de la pression concurrentielle que les parties s'imposent l'une l'autre, et ainsi déterminer que l'entité résultante pouvait profitablement augmenter ses tarifs et que les parts de marché perdues par l'une des parties à la concentration auraient été fortement détournées vers l'autre partie à la concentration. De même, l'autorité aurait pu déterminer que le seul concurrent restant sur le marché ne bénéficiait que d'un faible **ratio de diversion**, laissant l'entité résultante augmenter profitablement son prix (N 745 et N 1158).

Ainsi, compte tenu de la part de marché importante des parties et de la 1533 haute concentration du marché, il est fortement probable que la Comco, en appliquant le test SIEC et au vu de la jurisprudence européenne, serait intervenue avec une mesure plus forte que la simple interdiction comportementale

1527 Affaire COMP/M.6905, *INEOS/Solvay*, Commitments, Section B, p. 2.

1528 Affaire COMP/M.6992, *Hutchison 3G UK/ Telefonica Ireland*, para. 975.

1529 Affaire COMP/M.7612, *Hutchison 3G UK/ Telefonica UK*, para. 399.

de verrouiller le marché (N1531). Compte tenu du manque de distributeur à même d'augmenter sa capacité pour récupérer les volumes perdus par l'entité résultante, ainsi que du risque d'effets unilatéraux résultant de l'opération, il est très probable que, en application du test SIEC ou SLC, l'autorité serait parvenue à une appréciation plus sévère de cette opération conduisant pratiquement à un duopole. En conclusion, il nous paraît que, tant en application du test SIEC que du test SLC, la Comco aurait dû **interdire cette concentration** ou au moins prononcer des mesures structurelles¹⁵³⁰.

B. La décision Galexis/Pharmapool

1534 La concentration *Galexis/Pharmapool*¹⁵³¹ a été autorisée par la Comco le 19 décembre 2016, sans charge ni condition, alors même qu'elle conduisait au **renforcement « marqué » d'une position dominante** sur le marché des grossistes pour pharmacies¹⁵³², le marché des grossistes pour médecins¹⁵³³, ainsi que sur certains marchés locaux de pharmacies de détails¹⁵³⁴. L'autorité a néanmoins conclu que cette position dominante n'était pas capable de supprimer la concurrence efficace¹⁵³⁵.

1535 Dans cette décision, **plusieurs critères examinés** par la Comco auraient pu conduire à un résultat différent sous l'empire du test SIEC ou du test SLC et d'autres critères, qui n'ont pas été examinés par la Comco, auraient pu être pris en compte par les autorités européenne et américaine.

1536 La concentration en question était principalement problématique sur **les deux premiers marchés examinés**, à savoir celui des grossistes pour pharmacies et celui des grossistes pour médecins. Sur ces marchés, Galexis et Pharmapool détenaient ensemble une part dépassant 50% et le degré de concentration y était très élevé.

1537 Sur le premier marché, la Comco n'a pas examiné le degré de concentration. C'est étonnant, pour plusieurs raisons : d'abord, parce que, pour le second marché, l'autorité a déterminé l'IHH ; ensuite parce que l'autorité disposait des parts de marché de tous les concurrents et qu'elle pouvait donc le calculer ; enfin parce que la concentration y était justement particulièrement

1530 Cf. ég. *VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER*, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p.13.

1531 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, p.386.

1532 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 168, p. 404.

1533 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 203, p. 408.

1534 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 236, p. 412.

1535 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 238, p. 413.

élevée. Nous avons estimé, sur la base des parts de marché, que l'IHH après l'opération s'élevait à environ 3900 et le delta à 900¹⁵³⁶. Sur le second marché, l'IHH était de 3340 et le delta de 823¹⁵³⁷. Ces valeurs sont particulièrement hautes et de nature à justifier un examen supplémentaire dans **tous les systèmes juridiques** considérés (N1432).

Nous soutenons qu'au vu des parts de marché des entreprises et du degré de concentration du marché, la Comco aurait **au moins** soumis l'opération à des charges et conditions en application du test SIEC. En effet, la DG Concurrence a interdit ou soumis à conditions toutes les concentrations qui ont un IHH et un delta similaire à ceux de cette concentration et toutes les concentrations examinées par la DG Concurrence qui ont été autorisées sans modification présentaient un IHH et un delta plus bas que dans l'affaire *Galexis/Pharmapool* (N737). 1538

A ce stade, on peut présumer qu'en application du test SIEC, un examen de la proximité concurrentielle de *Galexis* et *Pharmapool* et des **effets unilatéraux** (N1438) aurait permis de conclure à un risque d'entrave à la concurrence sur un tel marché oligopolistique. 1539

La Comco n'a pourtant pas examiné de critères supplémentaires et a ensuite procédé à l'examen des **facteurs de contrepoids**, en l'occurrence la concurrence potentielle, pour conclure qu'elle était inexistante¹⁵³⁸, puis à l'examen de la discipline des cocontractants pour conclure que les détaillants pouvaient toujours se tourner vers les concurrents de *Galexis/Pharmapool*¹⁵³⁹. 1540

C'est cependant dans l'examen des risques d'effets verticaux que la décision est la plus lacunaire. La Comco a indiqué que les risques existaient et n'a examiné que la possibilité d'un **comportement coordonné** sur le second marché, celui des grossistes pour médecins, où il ne demeurerait que deux fournisseurs principaux et quelques autres nettement plus petits. L'autorité a conclu qu'une coordination était peu probable en raison du fait que le concurrent principal de *Galexis/Pharmapool*, *Zur Rose*, était détenu par ses propres clients, les médecins, et que ceux-ci n'avaient aucun intérêt à un comportement coordonné de leur fournisseur¹⁵⁴⁰. 1541

1536 Valeurs moyennes prises en compte post concentration : *Galexis/Pharmapool* 55%, *Amedis* 25%, *Voigt* 15%, *PharmaFocus* 5%. Avant concentration *Galexis* 45%, *Amedis* 25%, *Voigt* 15%, *PharmaFocus* 5%, *Pharmapool* 10% ; Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 142, p. 401.

1537 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 191, p. 407.

1538 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 159, p. 403.

1539 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 161, p. 403.

1540 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 218, p. 410.

- 1542 Mais la Comco n'a pas examiné le risque de comportement **non coordonné** de *Galexis/Pharmapool* et du **verrouillage du marché**. Ceci aurait pourtant dû être examiné, tant sur le marché des pharmacies que sur celui des médecins. Sur le premier marché, la Comco aurait dû examiner, par exemple, le fait qu'au vu de la différence d'assortiments qu'offrent les grossistes¹⁵⁴¹, il était possible que les détaillants doivent se fournir chez plusieurs grossistes à la fois pour un assortiment complet et que ceux-ci proposent des exclusivités. Un verrouillage aurait donc été possible et les conditions usuelles auraient dû être examinées (N 368).
- 1543 L'autorité suisse aurait pu examiner ce critère (N 363), mais ne l'a pas fait. Or, en application du test SLC (N 1219), l'autorité aurait pu quantifier la capacité, l'opportunité et l'effet sur la concurrence, de verrouiller l'accès à certains articles exclusifs à des distributeurs qui n'appartiennent pas au groupe Galenica. Pour ce faire, elle aurait pu utiliser des **tests économétriques** pour mesurer l'intérêt économique d'un tel verrouillage pour *Galexis/Pharmapool* (N 1221) et aurait probablement pu déterminer que cela lui aurait été profitable et aurait eu un effet sur la concurrence (N 1543).
- 1544 Compte tenu des critères du test SIEC et du test SLC qui sont remplis en l'espèce, ainsi que du fait que la suppression de toute concurrence n'est pas requise en droit européen et américain (N 1403), on peut conclure que la concentration *Galexis/Pharmapool* **aurait pu être interdite ou soumise à conditions si la Comco** avait pu quantifier différemment les risques anti-concurrentiels présentés par cette concentration, en application du droit européen ou américain.

C. La décision AZ Medien / NZZ

- 1545 Dans l'affaire *AZ Medien / NZZ*¹⁵⁴², la **Comco a autorisé la concentration sans charges ni conditions** le 13 août 2018. Selon l'autorité, malgré des indices démontrant l'existence d'une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart (N 200), les conditions requises par la jurisprudence du Tribunal fédéral, à savoir l'éviction de la concurrence actuelle et la création d'une barrière à l'entrée sur le marché, n'étaient pas réunies¹⁵⁴³.

1541 D'après leurs sites internet respectifs, *Galexis* propose par exemple un assortiment de 100'000 articles, et *PharmaFocus*, de 40'000 articles.

1542 Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, p. 866.

1543 Affaire *AZ Medien / NZZ*, DPC 2018/4, n° 360, p. 917.

Néanmoins, **plusieurs critères** de cette décision auraient pu conduire l'autorité à interdire ou soumettre la concentration à conditions en application du droit européen ou américain : 1546

— les parts de marché des parties à la concentration étaient particulièrement importantes. Dans la décision, elles détenaient 60% à 70% de certains marchés¹⁵⁴⁴. La DG Concurrence considère une part de marché de l'entité résultante **supérieure à 50%** comme constituant à elle seule la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché (N 723). Les Agences américaines ne prévoient pas un seuil, mais considèrent qu'une importante part de marché peut garantir une marge de manœuvre importante à l'entité résultante (N 1130). 1547

— Le marché était hautement concentré. Sur l'un des marchés, l'opération conduisait à une concentration du marché dont l'IHH était compris entre 3400 et 3800. Le delta était compris entre 500 et 550¹⁵⁴⁵. Dans un tel cas, selon la Comco, le marché est hautement concentré et la concentration n'est **pas sans risque** pour la concurrence (N 289). Selon la DG Concurrence, lorsque l'IHH est supérieur à 2000 et que le delta est supérieur à 150, comme c'était le cas en l'espèce, l'autorité est susceptible de conclure à un risque concurrentiel pour le marché concerné, si d'autres facteurs sont réunis (N 734). Aux Etats-Unis, lorsque l'IHH est supérieur à 2500, comme c'était le cas en l'espèce, le marché est hautement concentré et si le delta est supérieur à 200, alors la concentration est présumée augmenter le pouvoir de marché de l'entité résultante (N 1144). 1548

— Les parties étaient de proches concurrents. Les parties à la concentration décrivaient leurs produits comme peu substituables, dans la mesure où ils ne s'adressent pas au même public, l'un d'entre eux consistait en une solution « premium »¹⁵⁴⁶. Dans ce cas, l'autorité suisse n'a pas conduit d'examen pour déterminer si l'intégration des deux produits au sein de la même entité générerait des effets unilatéraux, ceux-ci n'étant pas appréhendés en Suisse (N 298). La DG Concurrence et les Agences américaines auraient, dans ce cas, établi le **degré de substituabilité** des produits des parties (N 740), notamment en calculant l'élasticité-prix croisée de la demande, le ratio de diversion, le GUP-PI, l'UPP, ou encore en conduisant une simulation de la concentration (N 743). Les résultats de ces tests auraient pu indiquer que l'augmentation du prix d'un produit d'une partie pouvait détourner les ventes vers le produit de l'autre partie et ainsi être profitable. Les paramètres de ces fonctions n'étant pas 1549

1544 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 132, p. 882.

1545 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 168, p. 895.

1546 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 141, p. 890.

accessibles, nous ne sommes pas en mesure de déterminer quel aurait été le résultat de cet examen.

1550 — La concentration pouvait générer des effets coordonnés. La Comco a examiné le risque **de dominance collective** sur le marché en raison du fait qu'après la concentration, le marché ne serait plus constitué que de deux concurrents principaux, soit la joint-venture de *AZ Medien* et *NZZ* d'une part, et *Basler Zeitung Medien*, d'autre part¹⁵⁴⁷. Elle a conclu qu'un risque de dominance collective existe, mais que la concentration n'est pas pour autant à même de supprimer la concurrence efficace¹⁵⁴⁸. Les trois autorités appliquent des critères similaires dans le test du risque de comportement coordonné (N 1465). Cependant, seul le droit suisse requiert que le comportement coore donné conduise à l'exclusion de la concurrence actuelle, ce qui n'était pas le cas en l'espèce¹⁵⁴⁹.

1551 En conclusion, on ne peut prévoir avec exactitude le résultat auquel serait parvenue cette concentration en application du test SIEC ou du test SLC. Cependant, on peut aisément **envisager un résultat différent**, en raison de l'accumulation de critères qui, considérés ensemble, sont de nature à déterminer la DG Concurrence et les Agences américaines, que la concentration entrave ou diminue la concurrence. Ces dernières autorités peuvent interdire ou soumettre à conditions une concentration lorsque plusieurs critères du test tendent à démontrer que l'entité résultante pourra adopter un comportement entravant de manière significative ou diminuant substantiellement la concurrence. Elles n'ont pas, en particulier, à démontrer que la concurrence est entièrement supprimée ou qu'elle ne peut plus jouer son rôle.

1552 Compte tenu du fait que les critères du test SIEC et du test SLC étaient remplis en l'espèce, et que la suppression de toute concurrence n'est pas requise en droit européen et américain, on peut conclure que la concentration *AZ Medien/NZZ* aurait pu être **interdite ou soumise à conditions** si la Comco avait appliqué les critères du droit européen ou américain.

D. Conclusions intermédiaires

1553 Dans cette partie, nous avons soumis trois concentrations suisses intervenues sur des marchés hautement concentrés à **certains critères du test SIEC et du test SLC** qui nous semblaient pertinents. La démarche est expérimentale et théorique, en raison du fait que toutes les données ne sont pas à notre

1547 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 210, p. 899.

1548 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 212, p. 899.

1549 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 222, p. 900.

disposition pour pouvoir appliquer avec exactitude les tests examinés dans cette étude. Il n'est pas non plus possible de se substituer à l'opinion de l'autorité en charge du contrôle en Suisse ou à l'étranger.

Néanmoins, nous avons démontré, avec un certain degré de vraisemblance, qu'un changement de test en Suisse peut **déboucher sur un résultat différent dans le cas concret** (N 1533 ; N 1544 ; N 1552). Notre avis concorde d'ailleurs avec celui de **VATERLAUS et alii**, qui ont également examiné le cas *Fenaco/Steffen-Ris*¹⁵⁵⁰. Ainsi, la reprise en Suisse du test SIEC ou SLC ne donne pas seulement de nouveaux éléments à l'autorité pour examiner une concentration, mais peut effectivement conduire à un résultat différent dans les opérations soumises au contrôle.

IV. Une conclusion

Dans ce chapitre, nous avons effectué une **comparaison directe** des tests (N 1393) sur la base des présentations détaillées de chaque test, réalisées aux chapitres précédents.

Nous avons mis en évidence **les différences fondamentales** entre un test structurel et un test fondé sur les effets (N 1395), l'importance relative de la position dominante qualifiée en Suisse, par rapport aux régimes européen et américain (N 1399), ainsi que les similitudes dans la structure des tests de concentrations horizontales, verticales et conglomerales lorsqu'elles conduisent à des effets coordonnés ou non coordonnés (N 1410).

En particulier, nous avons comparé les tests dans leur résultat, en confrontant, de **manière inédite** à notre connaissance, les taux d'intervention de chaque autorité, pour en déduire que la Suisse dispose d'un taux moyen, globalement similaire aux autres tests examinés, plus interventionniste que le test américain, ce qui contraste avec le caractère très permissif qu'on lui prête (N 1413). Nous pouvons affirmer d'après cette comparaison que – si le test de dominance suisse est permissif parce qu'il autorise une concentration même si elle entrave la concurrence efficace tant qu'elle ne la supprime pas – il ne l'est pas de manière marquée dans les résultats quantitatifs que nous avons établis (N 1421).

Nous avons ensuite **comparé** critère par critère les tests appliqués par chacune des trois autorités. Cette comparaison est la troisième étape de la

1550 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 13.

démarche de droit comparé (N 30). Elle nous a permis de déterminer précisément quelles sont les différences entre les régimes suisse, européen et américain.

1559 Nous avons enfin **appliqué** les différences constatées dans le cas concret, en soumettant trois décisions suisses aux critères des tests européen et américain. Sur la base des éléments à disposition, nous avons rendu vraisemblable que les décisions rendues par la Comco auraient été différentes si l'autorité avait appliqué le test SIEC ou le test SLC (N 1554).

Chapitre 7 :

La réforme du droit suisse

En application de la **quatrième étape** de la démarche comparative (N 32), nous 1560
procédons à l'évaluation critique des résultats et aux propositions législatives.

Ce chapitre aborde l'opportunité d'une réforme du droit suisse. Après 1561
une mise en contexte du chapitre au sein de la démarche générale de la thèse (I.),
nous examinons la nécessité d'une réforme (II.), puis proposons une réforme
à l'attention du législateur suisse (III.), avant de formuler une conclusion (IV.).

I. La démarche

L'analyse comparée des tests du contrôle des concentrations nous a permis 1562
de présenter intégralement les systèmes juridiques retenus (N 193 ss), d'en
expliquer les différences et d'en fournir une analyse critique (N 1380 ss). Il
convient à présent d'**évaluer les résultats** de cette analyse pour déterminer
quels critères sont les meilleurs, les plus adaptés ou les plus pertinents, d'après
la comparaison, pour répondre au postulat de cette thèse (N 32). Nous pour-
rons ensuite proposer une modification législative qui concrétise les résultats
obtenus à l'issue de l'analyse (N 15)¹⁵⁵¹.

II. La nécessité d'une réforme

Après quelques remarques générales (A.), nous relèverons les insuffisances 1563
du droit suisse constatées jusqu'ici (B.), avant de formuler des conclusions
intermédiaires (C.).

A. Remarques générales

Le test suisse étant **essentiellement fondé sur le test européen** en vigueur 1564
avant la réforme de 2004 (N 5), il apparaît que les défauts constatés dans celui-ci

1551 DE CRUZ, *Comparative Law*, p. 242 ; MÜLLER / MÜLLER-CHEN / WIDMER LÜCHINGER,
Comparative Private Law, n° 244 ; SIEMS, *Comparative Law*, p. 28.

sont similaires à ceux soulevés à l'époque à l'appui de la réforme du droit européen. Partant, les opinions exprimées dans le cadre de la réforme du droit européen sont généralement pertinentes pour mettre en évidence les insuffisances du droit suisse.

1565 A notre avis, le test suisse comporte **d'importantes imperfections**, qui ne permettent pas d'évaluer à satisfaction les éventuels effets anticoncurrentiels d'une concentration d'entreprises. Les mêmes imperfections ont été corrigées lorsqu'elles se sont révélées dans les régimes européen et américain. Comme nous l'avons démontré, la différence actuelle entre le test suisse et les tests européen et américain peut engendrer un résultat différent pour une même situation sur le marché (N 1519).

1566 Au regard **du but de la concurrence**, on doute qu'en Suisse, le test de dominance qualifiée soit le plus approprié pour mettre en œuvre la politique de la concurrence (N 96). En effet, le Message prévoit que la LCart doit garantir la concurrence efficace (N 100). La dominance qualifiée, telle qu'elle est appliquée par la Comco en accord avec la jurisprudence du Tribunal fédéral – selon laquelle « la suppression de la concurrence est toujours réalisée lorsque la concentration ouvre la possibilité d'évincer la concurrence actuelle et d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents »¹⁵⁵² – va à notre avis trop loin et ne permet pas de protéger la concurrence efficace. En effet, cette dernière n'est déjà plus garantie, bien avant que tous les concurrents ne soient évincés du marché.

1567 Par ailleurs, cette jurisprudence fédérale a eu un **effet figeant pour le contrôle des concentrations** en fixant un standard si élevé que la Comco n'a pratiquement aucune marge de manœuvre pour interdire ou soumettre à conditions des concentrations. Or le Message prévoyait un droit de la concurrence plus dynamique, en se bornant à définir une structure légale permettant aux autorités de s'adapter aux progrès de la doctrine en matière de marché et de concurrence (N 97). Ce droit, que le législateur a voulu flexible, le Tribunal fédéral l'a figé dans sa décision *Swissgrid*¹⁵⁵³.

1568 La jurisprudence relative au contrôle des concentrations n'est pas très riche puisqu'à ce jour seules trois concentrations ont été portées devant le Tribunal fédéral et une seule a donné lieu à une décision sur le fond¹⁵⁵⁴. Au vu du manque de substance dans la jurisprudence, il apparaît que les parties

1552 Affaire *AZ Medien/NZZ*, DPC 2018/4, n° 218, p. 900.

1553 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, p. 324.

1554 Affaire *Starticket/Tamedia/Ticketcorner*, TF 2C_509/2018, DPC 2019/3b, p. 1079; Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, p. 324; Affaire *Berner Zeitung/Tamedia*, TF 2A.327/2006, DPC 2007/2, p. 331.

peinent à anticiper une décision de la Comco en matière de contrôle des concentrations. Tout au plus, elles peuvent savoir que leurs chances que la concentration ne soit pas interdite sont élevées. Un exemple particulièrement illustratif est celui de l'affaire *Tamedia/Goldbach* qui s'annonçait dans un premier temps impossible à autoriser¹⁵⁵⁵, alors qu'elle a finalement été acceptée sans charges ni conditions¹⁵⁵⁶. Les incertitudes peuvent poser problème **au regard de la sécurité du droit** et de la prévisibilité du droit. Ainsi, pour anticiper le résultat d'une concentration en Suisse, les parties ne peuvent qu'observer la jurisprudence de la DG Concurrence à laquelle la Comco fait elle-même souvent référence (N 315), tout en tenant compte du fait que l'autorité suisse applique en principe un test plus permissif.

Dès lors, une **réforme du droit suisse est souhaitable**. C'est également 1569 la conclusion apportée par les deux expertises commandées par le SECO et publiées en 2017¹⁵⁵⁷ et 2020¹⁵⁵⁸. Nous allons à présent examiner en détail les insuffisances du droit suisse.

B. Les insuffisances du droit suisse

Dans le chapitre 6 (N 1379), nous avons mis en évidence les différences consta- 1570 tées dans les tests des trois systèmes comparés. Ces différences ne sont pas toutes nécessairement des défauts du droit suisse. Néanmoins, certaines ont permis de montrer **ses points faibles**. Nous les reprenons ici.

Le **Conseil fédéral** avait lui-même désigné des points faibles du test 1571 dans le projet de réforme de 2012 (N 147). Il indiquait dans son Message qu'« [i]l est essentiel de considérer plus strictement qu'aujourd'hui les effets unilatéraux et coordonnés qui découlent d'une concentration, tout en attribuant le poids nécessaire aux gains d'efficacité »¹⁵⁵⁹.

Nous mettons d'abord en avant les inconvénients que présentent les ca- 1572 ractéristiques fondamentales du droit suisse du contrôle des concentrations (1.), avant de présenter au sein du test les critères qui font défaut en Suisse (2.).

1555 **LE TEMPS**, *Menace sur la fusion entre Tamedia et Goldbach*.

1556 Comco, *La COMCO autorise les concentrations de médias AZ Medien/NZZ et Tamedia/Goldbach*.

1557 **JAAG/RUTZ/JACOBBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 63.

1558 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 26.

1559 Message LCart 2012, p. 3655; Cf. ég. **WEBER/VOLZ**, *Wettbewerbsrecht*, n° 2.1123.

1. Les caractéristiques fondamentales du test

1573 Les quelques distinctions (N 1395) opérées avant la comparaison des critères des tests (N 1423) dans le chapitre 6, nous ont convaincu que certaines caractéristiques fondamentales du test de dominance qualifiée suisse, entravent la mise en œuvre de la **politique de la concurrence** (N 97).

a. Le test structurel

1574 Un test purement structurel est insuffisant pour déterminer si une concentration va porter atteinte à la concurrence. Ne considérer que la structure du marché, les parts de marché ou la concentration ainsi que déterminer quels sont ou seront les concurrents, n'est pas suffisant. En effet, ces paramètres ne tiennent pas compte de la **pression concurrentielle** que les entreprises actives sur le marché s'imposent, de la suppression de cette pression concurrentielle lorsqu'une concentration horizontale survient sur un marché oligopolistique ou de quelle manière les parties sont concurrentes l'une de l'autre.

1575 Le test structurel n'appréhende pas le potentiel concurrentiel de l'entité acquise. Par exemple, lorsqu'une entité importante sur le marché acquiert un **franc-tireur**, l'accumulation des parts de marché peut être anecdotique et le degré de concentration du marché ne pas varier¹⁵⁶⁰. Le risque anticoncurrentiel que présente une telle concentration est pourtant important. Lorsque la Comco considère qu'une concentration crée une entité disposant d'une grande part de marché, mais que les barrières à l'entrée sont basses, le test ne lui laisse pas la possibilité d'envisager que le monopoleur serait à même d'acquérir tout nouvel entrant potentiellement concurrentiel.

1576 Un test structurel contraint également les autorités à déterminer un marché géographique et un marché des produits. A l'inverse, s'affranchir des critères structurels – dans une certaine mesure – permet de quantifier la pression concurrentielle que s'imposent plusieurs entreprises, **sans avoir à déterminer nécessairement si elles appartiennent au même marché** géographique ou des produits (N 755)¹⁵⁶¹.

1577 Aujourd'hui, les paramètres structurels sont utilisés pour écarter le risque d'engendrer des effets anticoncurrentiels. Lorsque certains seuils ne sont pas atteints, la Comco conclut qu'il est peu probable que la concentration soit incompatible avec le marché (N 273). A l'inverse de ce système, un certain déterminisme structurel peut présenter un avantage, lorsqu'il est

1560 VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 8.

1561 VEIT, *Simulation*, p. 1271 s.

utilisé pour **présumer que la concentration génère des effets anticoncurrentiels** lorsqu'elle conduit à une forte accumulation de parts de marché. En effet, il peut parfois être difficile, voire impossible de démontrer que l'entité résultante pourra engendrer des effets anticoncurrentiels, ou que ceux-ci affecteront le processus concurrentiel. Une concentration conduisant à une haute part de marché doit pouvoir permettre à l'autorité de conclure à un risque d'effet anticoncurrentiel, sans avoir à prouver la suppression de la concurrence, ce qui n'est pas le cas à l'heure actuelle (N 275).

b. La position dominante qualifiée

La position dominante qualifiée (N198) est **l'entrave principale** à un contrôle des concentrations efficace pour mettre en œuvre la politique de concurrence suisse. 1578

Le seuil de la position dominante qualifiée permettant aux autorités d'intervenir dans une concentration en Suisse est fixé volontairement **particulièrement haut** en comparaison des autres systèmes examinés, à l'origine pour ne concerner que peu de concentrations¹⁵⁶². Par conséquent, certaines opérations sont autorisées, même si elles sont très vraisemblablement susceptibles de nuire à la concurrence et aux prix ou à la qualité des produits sur le marché¹⁵⁶³. 1579

Une telle position dominante qualifiée nécessite pratiquement la **création d'une entité monopolistique**. Or des effets anticoncurrentiels peuvent déjà survenir dans certaines concentrations avant la suppression totale de toute concurrence¹⁵⁶⁴. Ces effets anticoncurrentiels découlant du comportement des entités actives sur le marché sont cependant impossibles à appréhender sur la base d'un test purement structurel. 1580

Dans l'**affaire Galexis/Pharmapool**, la Comco a conclu que la fusion créait une position dominante qui donnait à l'entité résultante une position de leader du marché ainsi que la possibilité de se comporter de manière essentiellement indépendante de ses concurrents¹⁵⁶⁵. Cela signifie que la concurrence, bien qu'elle n'était pas supprimée au regard du droit suisse, était certainement déjà significativement entravée (N 635). 1581

Par conséquent, la condition de la « suppression de la concurrence efficace » réduit à néant l'utilité de conduire des **tests économétriques** pour 1582

1562 Message LCart 1994, p. 577; Arbeitsgruppe Evaluation KG, p. 24; **MEINHARDT/BISCHOF**, *Zusammenschlussverbot*, p. 2.

1563 **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 22.

1564 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 223, p. 410.

1565 Affaire *Galexis/Pharmapool*, DPC 2018/2, n° 223, p. 410.

examiner le degré de substituabilité des produits sur le marché. En effet, comme le test *de lege lata* vise à examiner si la concurrence actuelle est entièrement évincée et l'entrée de nouveaux concurrents totalement empêchée, il n'est pas utile de quantifier la pression concurrentielle restante sur le marché. Ce critère n'est applicable que dans un test visant à éviter l'entrave à la concurrence et non la suppression de la concurrence.

1583 Le Conseil fédéral avait **identifié ce défaut** dans le Message du projet de loi de 2012 (N147). Il indiquait qu'il fallait « revoir l'approche actuelle selon laquelle même des concentrations problématiques qui créent une position dominante sur le marché sont souvent tolérées, tant qu'elles n'affectent pas la concurrence [...] non seulement l'instauration ou le renforcement d'une position dominante, mais également la diminution de la concurrence efficace doit devenir un critère d'appréciation pour le contrôle des fusions »¹⁵⁶⁶.

1584 Selon certains auteurs, si ces effets anticoncurrentiels ne peuvent pas être appréhendés par le test structurel de dominance, ils peuvent toujours faire l'objet d'un contrôle *ex post* par le biais des art. 5 ou 7 LCart¹⁵⁶⁷. Une telle solution ne répond pas, à notre avis, au but du **contrôle préventif** des effets anticoncurrentiels de la concentration. Par conséquent, il est souhaitable que de tels effets soient directement appréhendés par le test matériel du contrôle des concentrations afin que leur survenance puisse être préventivement empêchée.

1585 Les art. 5 et 7 LCart ne peuvent pas et ne doivent pas servir de filet de sécurité lorsqu'une fusion a été acceptée faute de preuve d'un risque anticoncurrentiel. Cela viderait de sa substance le contrôle des concentrations. De plus, une asymétrie dans la sévérité de l'examen du risque anticoncurrentiel entre, d'une part, les abus de position dominante et les accords illicites et d'autre part, les concentrations d'entreprises, aurait l'effet pervers d'**encourager les entreprises à fusionner** plutôt qu'à risquer une sanction sur la base d'un comportement illicite¹⁵⁶⁸. Or s'engager dans un tel système ne pourrait se faire qu'en méconnaissance de l'histoire américaine du droit de la concurrence, qui enseigne qu'on a justement adopté le *Clayton Act* pour endiguer la vague de fusions des entreprises qui ne pouvaient plus, depuis l'adoption du *Sherman Act*, conclure des accords visant à restreindre le commerce ou les affaires (N178)¹⁵⁶⁹. Par conséquent, adjoindre à un contrôle sévère

1566 Message LCart 2012, p. 3655.

1567 MARTENET/HOLZMÜLLER, *Fusionskontrolle*, p. 195 ; MEINHART/BISCHOF, *Zusammenschlussverbot*, p. 2.

1568 Message LCart 1994, p. 522.

1569 MERKT, *Affichage*, p. 415.

des comportements anticoncurrentiels, un contrôle lâche des fusions (N 212), engendre une incitation à la concentration qui ne correspond à aucun but du droit de la concurrence et ne promet en tout cas pas de préserver la concurrence efficace et le bien-être des consommateurs (N 100).

L'application du critère de la position dominante qualifiée est dépassée sur le plan international (N 1395). En outre, elle permet injustement à des concentrations qui **entravent fortement la concurrence**, d'aboutir¹⁵⁷⁰.

2. Les lacunes du test

La comparaison critère par critère (N 1423) a permis de déterminer les différences dans les critères du test entre les trois systèmes juridiques comparés. Ceux qui diffèrent et qui nous semblent présenter un inconvénient par rapport aux autres systèmes sont repris ici. Il s'agit des effets unilatéraux (a.) du verrouillage du marché (b.) du lien de causalité (c.), des gains d'efficacité (d.), de l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché (e.) et de la prise en compte de la concurrence internationale (f.).

a. Les effets unilatéraux

D'après la lettre de la loi et l'interprétation stricte qu'en fait le Tribunal fédéral, seules les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace peuvent être soumises à conditions ou interdites (N 456)¹⁵⁷¹. Il en découle que la simple baisse de concurrence en raison d'effets unilatéraux ne suffit pas à remplir le critère de la suppression de la concurrence. Dans le régime actuel, les effets unilatéraux ne sont ainsi **pas pris en compte** (N 298)¹⁵⁷².

Les effets unilatéraux sont pourtant une **réalité économique inconteste** selon la Comco¹⁵⁷³. La suppression de la concurrence entre les parties à la concentration est inhérente à l'opération¹⁵⁷⁴. D'après une recherche menée par Swiss Economics et portant sur des modèles empiriques, l'émergence d'effets unilatéraux provoque une hausse des prix sur le marché final de l'ordre de 5 à 7% en moyenne¹⁵⁷⁵.

1570 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 23.

1571 Affaire *Swissgrid*, ATF 133 II 104, DPC 2007/2, consid. 6.3, p. 327.

1572 BSK KG-MEINHARDT/WASER/BISCHOF, art. 10 LCart n° 100; CR Concurrence-VENTURI/FAVRE, art. 10 LCart n° 119; JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 43; KOK-KORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 3.52.

1573 Affaire *Coop/Carrefour*, DPC 2008/1, n° 244, p. 629; Affaire *Migros/Denner*, DPC 2008/1, n° 342, p. 171.

1574 AREEDA/KAPLOW/EDLIN, *Antitrust Analysis*, p. 887.

1575 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 24.

1590 En Europe, le test SIEC permet d'appréhender les effets unilatéraux générés par la concentration, grâce à des tests économétriques (N 743)¹⁵⁷⁶. Depuis l'introduction du test SIEC, la DG Concurrence a tenté d'identifier des cas de concentrations qui ont fait l'objet d'une intervention de l'autorité en raison de risques d'effets unilatéraux, sans pour autant qu'une position dominante ne résulte de la concentration. Ces cas correspondent à **l'ancienne lacune du droit européen** et n'auraient pas été appréhendés par l'autorité si la réforme du contrôle des concentrations de 2004 n'était pas survenue. L'autorité considère que, parmi les 22 interventions en 2015, six n'auraient pas été appréhendées par l'ancien droit et, en 2016, parmi les 27 interventions, dix seraient concernées¹⁵⁷⁷.

1591 Un effet anticoncurrentiel important, tant dans la fréquence de sa survenance que dans les effets qu'il déploie sur la concurrence et sur les consommateurs, n'est pas appréhendé dans le test actuel en Suisse. Par conséquent, on peut douter que le **but de protection** de la concurrence et de l'intérêt général, qui ressort du Message de la LCart en vigueur (N 100), soit pleinement atteint¹⁵⁷⁸.

1592 Le Conseil fédéral appelait également à la prise en compte des effets unilatéraux dans le Message de 2012, démontrant la lacune que représente dans le test suisse, le fait de les ignorer (N 147)¹⁵⁷⁹.

b. Le verrouillage du marché

1593 Le test de l'estimation du risque que l'entité résultante ne verrouille le marché après la concentration est **vétuste** par les critères qu'il comprend, et ne prend pas assez en compte la réalité économique du marché.

1594 Les trois conditions de la capacité, de l'opportunité et de l'effet du verrouillage sur le marché, appliquées par la Comco aujourd'hui, ne sont pas remises en question. Cependant, ce sont les **critères** qui permettent de déterminer si ces conditions sont remplies qui sont dépassés.

1595 La condition de la **capacité** des parties à verrouiller le marché est actuellement fondée sur des paramètres structurels, tels que la part de marché de l'entité résultante sur le marché amont ou aval ou l'importance de l'intrant auquel elle pourrait être tentée de verrouiller l'accès (N 371). Nous avons déjà indiqué à quel point les critères structurels laissaient à désirer pour déterminer

1576 **WITT**, *The More Economic Approach*, p. 133 ; BSK KG-**MEINHARDT/WASER/BISCHOF**, art. 10 LCart n° 128 et n° 202.

1577 **MOSSO**, *Merger Enforcement*, p. 14.

1578 Message LCart 1994, p. 505-506.

1579 Message LCart 2012, p. 3655.

le risque anticoncurrentiel, sauf à permettre d'établir une présomption d'atteinte à la concurrence (N1577).

La condition de l'**opportunité** n'est établie, *de lege lata*, que sur la base 1596 d'éléments qualitatifs, soit des témoignages des parties, de concurrents ou de clients qui renseignent l'autorité si, selon leur impression, l'entité résultante a ou non un intérêt à verrouiller le marché¹⁵⁸⁰.

La condition de l'**effet sur la concurrence** est liée à la position dominante qualifiée. Le test actuel exige la suppression de la concurrence (N378). Toute exigence inférieure pour établir le risque de verrouillage du marché n'aurait pas de sens puisqu'il faudrait ensuite vérifier dans une étape ultérieure du test si ce verrouillage est de nature à supprimer la concurrence efficace (N198). Le défaut que présente une telle exigence quant à l'effet sur la concurrence a déjà été présenté plus haut (N1578). 1597

Les critères qualitatifs utilisés pour vérifier ces trois conditions sont remplaçables ou peuvent être complétés par des **données quantitatives** qui 1598 renseigneraient plus précisément l'autorité sur la réelle capacité de l'entité résultante de verrouiller le marché, sur son opportunité et son effet sur la concurrence (N1461).

c. Le lien de causalité

L'exigence d'un lien de causalité entre la concentration et le risque anticoncurrentiel n'est pas en soi critiquable. Néanmoins, la manière de l'appliquer du 1599 Tribunal fédéral conduit à un **résultat heurtant le sentiment de la justice**. Elle empêche l'autorité d'intervenir en bloquant une concentration, lorsque la concurrence est déjà inexistante sur le marché avant l'opération (N456). L'exigence que la concurrence existe avant la concentration pour que l'opération soit à même de la supprimer, est une mise en œuvre critiquable de la loi pour les raisons suivantes.

En voulant **protéger le monopole naturel**, le Tribunal fédéral a créé 1600 une jurisprudence qui a pour effet de mélanger la légalité d'un monopole naturel et la conservation de celui-ci, y compris par des fusions anticoncurrentielles.

Ainsi, il est en principe interdit pour deux entités de fusionner pour atteindre un monopole et supprimer toute concurrence. Il est en revanche permis pour une entité monopolistique de **maintenir le marché exempt de concurrence** par des fusions, par exemple avec des concurrents particulièrement innovants pour retarder l'arrivée sur le marché d'un produit concurrent ou dans le but d'imposer une politique de prix commune, une restriction 1601

1580 Affaire SWX/SIS/Telekurs, DPC 2007/4, n° 206, p. 585.

des quantités de biens ou services à produire ou encore une répartition géographique des marchés ou des partenaires commerciaux.

1602 D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il est donc loisible à toute entité monopolistique de maintenir sa position dominante par des fusions et ainsi de **contourner les autres prescriptions de la LCart** en regroupant en son sein ses nouveaux concurrents.

d. Les gains d'efficacité

1603 Nous avons soutenu que les gains d'efficacité réalisés sur le même marché que le marché concerné par la concentration ne sont **pas pris en compte** à l'heure actuelle dans le test du contrôle des concentrations suisses¹⁵⁸¹. Aussi longtemps que l'opération crée ou renforce une position dominante capable de supprimer la concurrence efficace, la concentration ne peut pas simultanément augmenter la concurrence grâce à la réalisation de gains d'efficacité (N 514).

1604 Dans le Message du projet de révision de la LCart de 2012, le Conseil fédéral expose que les entreprises, avec une reprise du test SIEC, pourraient désormais invoquer des motifs d'efficacité plaidant **en faveur de la concentration**. Une telle appréciation présente l'avantage, selon le Conseil fédéral, de prendre pleinement en compte les effets négatifs et positifs des fusions sur l'économie et sur les consommateurs¹⁵⁸².

1605 Ces gains d'efficacité sont connus du législateur, déjà antérieurement au projet de 2012, puisque le système dit du **bilan des effets positifs et négatifs** de la concentration existait dans le régime de la LCart 1985, qui permettait de tenir compte des gains d'efficacité dans une certaine mesure¹⁵⁸³.

1606 L'entité résultante d'une concentration peut réaliser des gains d'efficacité se concrétisant en des économies d'échelle, des économies d'envergure ou en rationalisant leurs processus de fabrication grâce à des progrès techniques et des innovations. Elle peut augmenter son pouvoir de négociation et améliorer l'efficacité de son administration¹⁵⁸⁴. Les gains d'efficacité permettent à une entité concentrée de fournir des produits et des services à de **meilleures conditions** au consommateur final, même si la concurrence sur le marché n'est pas parfaite, avec pour conséquence une augmentation du bien-être général¹⁵⁸⁵.

1581 **JAAG/RUTZ/JACOBER**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 43; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 195; **PRÜMMER, DIKE-KG**, art. 10 LCart n° 160.

1582 Message LCart 2012, p. 3656.

1583 Message LCart 1981, p. 1312.

1584 **ILZKOVITZ/MEIKLEJOHN**, *Efficiency Defence*, p. 61.

1585 **HEIZMANN/TOGNI**, *Kartellgesetzrevision*, p. 1598; **ILZKOVITZ/MEIKLEJOHN**, *Efficiency Defence*, p. 61.

La prise en compte des gains d'efficacité réalisés par les parties à la concentration peut servir le but de protection du **bien-être des consommateurs** (N 73) si l'on exige que ceux-ci soient reportés sur les consommateurs finaux, ou le but de la protection du bien-être général (N 81)¹⁵⁸⁶ si les gains d'efficacité sont consacrés à l'augmentation du bénéfice des entreprises qui les réalisent. Ainsi, quel que soit le standard de protection en vigueur, les gains d'efficacité peuvent avoir des répercussions positives sur le plan concurrentiel.

La LCart 1995 a été, selon nous, **allégée à tort** de la possibilité de tenir compte des gains d'efficacité sur le marché pertinent et s'est éloignée sans justification économique d'un système efficace¹⁵⁸⁷. Il nous semble opportun que la Comco puisse autoriser une opération, dont les effets sur les consommateurs finaux ou sur la concurrence sont positifs. L'autorité semble d'ailleurs partager cet avis¹⁵⁸⁸.

e. L'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché

Le droit suisse est le **seul des trois systèmes** comparés qui permet d'autoriser une concentration supprimant la concurrence efficace sur un marché, mais améliorant les conditions de concurrence sur un autre marché (N 1497).

Or cette exception à l'interdiction de la concentration nous semble problématique. Elle implique que l'autorité devrait **faire un choix entre deux groupes de consommateurs a priori** égaux (N 542). Elle devrait faire appel au principe de l'égalité de traitement (art. 8 Cst.) pour traiter de manière identique ce qui est semblable et de manière différente ce qui est dissemblable¹⁵⁸⁹. Or on ignore tout des critères sur la base desquels la Comco pourrait choisir quel groupe de consommateurs mériterait de bénéficier de l'amélioration des conditions de concurrence et quel groupe de consommateurs devrait souffrir de la suppression de la concurrence.

L'unique possibilité dans laquelle la Comco n'aurait pas à trouver un critère pour avantager un groupe de consommateurs sur un marché aux dépens d'un groupe de consommateurs sur un autre marché serait que les deux marchés s'adressent à l'exact **même groupe de consommateurs**. Dans ce cas, il nous semble qu'il vaut mieux simplement admettre la défense des gains d'efficacité sur le même marché. Les consommateurs seraient alors plus avantagés et mieux protégés (N 106).

1586 Contra : **IMMENGA**, *Materiellrechtliche*, p. 92.

1587 Cf. ég. : **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 195.

1588 Affaire *France Télécom / Sunrise*, DPC 2010/3, n° 409, p. 559.

1589 ATF 129 I 113, consid. 5.1.

f. La position des entreprises dans la concurrence internationale

1612 Le test suisse permet à la Comco de tenir compte de la position des entreprises dans la concurrence internationale, même si celle-ci n'est pas prête à entrer sur le marché géographique déterminé (N 532). Nous avons relevé que l'autorité peut ainsi tolérer une concentration conduisant à un haut degré de concentration sur le marché suisse, voire à un **monopole**, tant que l'entité résultante peut prouver l'existence d'une concurrence internationale (N 535).

1613 Le Message indique que « le contrôle des fusions n'a pas pour but de remettre en cause les aspirations légitimes des entreprises à rechercher une taille optimale ou à renforcer leur compétitivité internationale »¹⁵⁹⁰. Aussi, l'autorité doit tenir compte de la position des entreprises dans la **concurrence internationale**.

1614 Ce critère est **distinct** d'une part de la définition du marché géographique (N 220), et, d'autre part, du critère de la concurrence potentielle (N 482). Tous les deux sont prévus à un autre stade du contrôle. La preuve que ces critères sont différents, bien qu'ils se ressemblent, réside dans le fait que le test SIEC, contrairement au test suisse de dominance, ne connaît pas le critère de la position des entreprises dans la concurrence internationale. C'est notamment en raison du fait que ce critère n'est pas pris en compte en droit européen, que la Commission a interdit la concentration *Siemens/Alstom*¹⁵⁹¹. Dans cette affaire, le concurrent majeur de l'entité résultante était principalement actif sur le marché chinois et n'était apparemment pas près d'entrer sur le marché géographique pertinent donc ne pouvait pas être considéré comme un entrant potentiel (N 946). Si le critère de la position des entreprises dans la concurrence internationale se confondait avec celui de la concurrence potentielle, rien n'aurait empêché la Commission de tenir compte de ce concurrent dans l'examen de ce dernier critère.

1615 Ce critère a également été rejeté dans le test SLC dans l'**affaire United States v. Philadelphia National Bank**, dans laquelle la Cour suprême n'a pas admis une concentration visant à créer un monopole sur un marché géographique, dans le but de pouvoir concurrencer de plus grandes entreprises sur un marché géographique différent¹⁵⁹².

1616 Tant le test SIEC que le test SLC **interdisent la justification d'un monopole**, soit la suppression de toute concurrence sur un marché pour certains

1590 Message LCart 1994, p. 523.

1591 Affaire COMP/M.8677 *Siemens/Alstom*, para. 90 ss.

1592 Affaire *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963), p. 370 s.

consommateurs, au motif que l'entité résultante puisse atteindre une taille lui permettant de s'attaquer à un marché d'une plus grande échelle où existe une concurrence internationale.

A notre avis la même règle doit être retenue en Suisse : aucune entreprise ne doit pouvoir fusionner jusqu'à atteindre un monopole en Suisse pour pouvoir concurrencer des entreprises actives sur des marchés étrangers. Les consommateurs suisses seraient ainsi privés de toute concurrence sur leur marché géographique pour le seul profit de l'entreprise résultante (N 537). La **concurrence efficace sur le marché serait ainsi sacrifiée** pour les intérêts de la seule entité résultante, ce qui ne correspond à aucun des buts du droit suisse de la concurrence (N 97). 1617

C. Conclusions intermédiaires

Nous avons établi que le caractère structurel du test (N 1574), ainsi que la condition de la position dominante qualifiée (N 1578), sont les **deux principaux défauts** du test suisse. 1618

Le premier – le caractère structurel du test – fait obstacle à l'utilisation de **critères économétriques** permettant de déterminer avec précision s'il est économiquement intéressant pour l'entité résultante d'augmenter ses prix, de réduire sa production ou de verrouiller le marché (N 1574). 1619

Le second – la nécessité de la suppression de la concurrence – empêche la prise en compte des **effets unilatéraux**, qui ne sont qu'une expression d'une baisse de la concurrence (N 1588). Il empêche également d'interdire une concentration sur un marché exempt de concurrence (N 1599) et de prendre en compte les gains d'efficacité (N 1603) à la place de l'amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché (N 1609). 1620

Nous relevons en particulier que les faiblesses du test suisse ont des conséquences qui vont au-delà du domaine du contrôle des concentrations. Un test permissif, pratiquement inapte à empêcher ou soumettre à conditions des concentrations qui entravent la concurrence (N 1519), engendre des répercussions sur l'**intégralité du système** du droit de la concurrence suisse. En effet, un déséquilibre entre, d'une part, une répression rigoureuse des accords illicites (art. 5 LCart) et des abus de position dominante (art. 7 LCart) et, d'autre part, un contrôle souple des concentrations, incite des entreprises à recourir aux concentrations, par exemple par la création de holdings ou de joint-ventures, pour contourner les régimes de sanctions des comportements anti-concurrentiels (N 1585). Ainsi le risque n'est-il pas seulement de priver de sa fonction le contrôle des concentrations, mais d'affaiblir considérablement tout le système du droit de la concurrence (N 1602). 1621

- 1622 Par conséquent, en raison des défauts du test du contrôle des concentrations, la mise en œuvre de la loi échoue à atteindre **le but du droit de la concurrence** voulu au moment de son adoption. Ni la concurrence efficace, ni le bien-être général, ni le bien-être du consommateur ne sont protégés par un contrôle des concentrations qui peine à prévenir les atteintes à la concurrence (N1585).
- 1623 De plus, le contrôle, dans sa forme actuelle « figée » par la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne correspond plus à la volonté que le législateur exprimait pour la prise en compte par l'autorité des **progrès de la doctrine** en matière de marché et de concurrence (N1567).
- 1624 Enfin, le test actuel ne répond pas à l'exigence de la **sécurité du droit** et ne permet pas au justiciable, ni même au praticien, de connaître les exacts paramètres qui décideront l'autorité à interdire, soumettre à conditions ou autoriser la concentration qui lui est soumise (N1568).
- 1625 Pour toutes ces raisons, il nous semble qu'une **réforme du droit suisse** du contrôle des concentrations est nécessaire.

III. Une proposition de réforme législative

- 1626 Après quelques remarques générales (A.) nous évaluons dans cette partie quelles sont les solutions envisageables pour une réforme législative (B.). Nous formulons ensuite une proposition législative (C.) avant de formuler des conclusions intermédiaires (D.).

A. Remarques générales

- 1627 Nous avons identifié les faiblesses du test suisse *de lege lata* (N1570 ss) et **conclu à la nécessité d'une réforme** (N1618 ss). Il s'agit à présent de faire une proposition législative qui réponde aux problèmes identifiés dans le régime actuel.
- 1628 Relevons que la seule formulation du test matériel de concentration d'entreprises n'indique pas exactement quels critères doivent être examinés pour évaluer l'admissibilité de la concentration. Vu l'évolution des tests économiques utilisés par les autorités des régimes comparés (N1441), il nous semble important de prévoir un cadre légal pouvant **tenir compte de l'évolution de la doctrine**.
- 1629 Nous avons plaidé en faveur de la **correction des lacunes** du test suisse actuel (N1625). Il convient donc de formuler une nouvelle disposition et de proposer un cadre légal, qui :

- s'affranchisse essentiellement des considérations structurelles (N1574) ;
- ne nécessite pas la suppression de la concurrence efficace (N1578) ;
- tienne compte des effets unilatéraux (N1588) ;
- quantifie les risques d'effets unilatéraux grâce à des tests économétriques (N1590) ;
- quantifie les risques de verrouillage du marché grâce à des tests économétriques (N1598) ;
- ne permette pas automatiquement une concentration sur un marché déjà exempt de concurrence avant l'opération (N1599) ;
- tienne compte des gains d'efficacité réalisés par les parties sur le même marché (N1603).
- ne tienne pas compte de la concurrence internationale pour justifier la suppression de la concurrence (N1612).

B. Les solutions envisageables

Dans cette partie, après quelques remarques générales (1.), nous envisageons la reprise du test SIEC (2.), la reprise du test SLC (3.) et la modification du test suisse de dominance (4.).

1. Remarques générales

Nous avons constaté, lors de la comparaison du droit suisse, européen et américain, que les critiques adressées au test suisse actuel (N1563) sont **toutes supprimées** en droit européen et américain. Ainsi aurait-on en principe le choix de reprendre en Suisse le test SIEC ou le test SLC.

Cependant, d'une part, bien qu'appliquant souvent des critères identiques, les deux régimes affichent parfois une tolérance différente à ceux-ci. Il en va ainsi par exemple des parts de marché détenues par les parties (N1430) et du degré de concentration du marché (N1436). D'autre part, les tests, bien qu'ils tendent à converger dans leur mise en œuvre¹⁵⁹³, **n'évoluent pas nécessairement en même temps**. Ainsi aux Etats-Unis, les *Guidelines* de 2020 (N188) ne font plus référence à l'IHH (N1200), alors que celui-ci est encore utilisé en Europe (N794). Il n'est donc pas sans conséquence d'opter pour l'un ou l'autre de ces régimes juridiques.

Nous allons examiner **les possibilités** s'offrant au législateur suisse dans cette partie avant de formuler une proposition concrète.

¹⁵⁹³ GERBER, *Comparative Law and Global Regulatory Convergence*, p.131.

2. La reprise du test SIEC

1634 Lors des travaux de mise à jour du droit suisse de la concurrence, le Conseil fédéral proposait de **reprendre en Suisse le test SIEC** (N 4)¹⁵⁹⁴. Des deux expertises commandées par le SECO, **JAAG/RUTZ/JACOB** ont conclu à l'introduction du test SIEC en Suisse afin d'augmenter le taux d'intervention de la Comco dans les concentrations, de permettre un contrôle permettant de tenir plus spécifiquement compte du cas d'espèce, ainsi que de permettre de tenir compte des gains d'efficacité¹⁵⁹⁵. **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER** ont conclu également à la reprise du test européen¹⁵⁹⁶.

a. Les avantages de la reprise du test SIEC

1635 La reprise du test européen présente de nombreux avantages. D'abord, **il répond aux lacunes que nous avons identifiées dans le droit suisse** (N 1631). Certes, l'examen des risques de verrouillage dans les concentrations verticales grâce aux tests économétriques (N 1598) n'est pas expressément prévu par le test SIEC, mais fait toutefois partie des évolutions proposées par la doctrine dont le cadre légal à adopter devrait permettre de tenir compte. La reprise du test SIEC présenterait l'avantage de prendre pleinement en compte les effets négatifs et positifs des fusions sur l'économie et les consommatrices et consommateurs¹⁵⁹⁷.

1636 Ensuite, la reprise du test SIEC présente l'avantage de la **compatibilité** avec le droit européen¹⁵⁹⁸. Cet argument avait déjà motivé la reprise du test de dominance dans la loi de 1995¹⁵⁹⁹. Le Conseil des Etats avait été sensible à cet argument en faveur d'une reprise du test SIEC lors des débats sur la révision du droit de 2012¹⁶⁰⁰. La LCart actuelle se voulait plus tolérante en matière de fusions que le test européen. Il apparaît aujourd'hui qu'il est possible qu'en matière de contrôle des concentrations, les entreprises suisses actives dans l'Union Européenne y soient traitées différemment, ce que voulait expressément éviter la LCart à l'origine¹⁶⁰¹.

1594 Message LCart 2012, p. 3655; **MARTENET/HOLZMÜLLER**, *Fusionskontrolle*, p. 194; **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 77.

1595 **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 64.

1596 **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 26.

1597 **SCHALLER/KRAUSKOPF**, *Crise financière*, p. 420; **ZURKINDEN**, *The Reform*, p. 28.

1598 **JAAG/RUTZ/JACOB**, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 64; **VATERLAUS/ZURKINDEN/SCHNEIDER/ZENHÄUSERN/MÄDER**, *Juristisch-ökonomisches Gutachten*, p. 26.

1599 Message LCart 1994, p. 529.

1600 BO 2013 CE 346.

1601 Message LCart 1994, p. 476.

Enfin, la reprise du droit européen présente l'avantage de la **prévisibilité et de la sécurité du droit**¹⁶⁰². En effet, prévoir la reprise explicite du régime européen à la lumière de sa jurisprudence ajoute une pratique des autorités de plus de 5'000 décisions depuis l'entrée en vigueur du test SIEC en 2004 (N 644)¹⁶⁰³. De plus, la reprise du droit européen doit inclure la référence aux Lignes directrices de la Commission, à laquelle la Comco fait déjà régulièrement référence (N 289).

Par ailleurs, sur le plan du **taux d'intervention**, on a constaté que le test européen ne provoque pas plus d'interdictions que le test suisse. Davantage d'entreprises ont en revanche abandonné leur concentration. Dans la pratique de l'autorité, le test SIEC induit moins de décisions car il est davantage dissuasif (N 1422). Aucun indice ne laisse donc penser que le passage au test SIEC engendre davantage de décisions à rendre par la Comco. En revanche, les critères de l'examen sont plus précis et détaillés avec le test SIEC.

La reprise en Suisse du test SIEC doterait le droit de la concurrence d'un instrument fonctionnel, éprouvé et complet. Le test européen jouit, de plus, d'une certaine **influence internationale** par sa sévérité relative (N 1422). En effet, le test SIEC joue un rôle de standard minimum sur le plan international en raison du fait que les parties, qui voient leur concentration internationale soumise à condition ou interdite sur le marché européen, risquent de la retirer en raison de l'intérêt économique que présente l'accès à celui-ci (N 27)¹⁶⁰⁴.

b. Les inconvénients de la reprise du test SIEC

La reprise du test SIEC présente en réalité **peu d'inconvénients**. Néanmoins, il convient de présenter ici quelques limites et de proposer des pistes pour y répondre.

D'abord, le test SIEC utilise des tests économétriques dont **les données de base peuvent être difficiles à fournir** par les parties¹⁶⁰⁵. Les marges, les prix, les coûts, portant sur les années précédant la concentration, peuvent être inconnus ou peu documentés par les parties. Ces données sont probablement encore plus difficiles à obtenir de la part de leurs concurrents qui, eux, contrairement aux parties, ne sont pas motivés dans l'exercice par la perspective de voir leur concentration acceptée, surtout si leurs données risquent de favoriser la fusion de leurs concurrents.

1602 JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 44 et 63; MARTENET/HOLZMÜLLER, *Fusionskontrolle*, p. 197.

1603 Directorate General for Competition, *Merger Statistics*.

1604 BRADFORD, *The Brussels effect*, p. 19-20.

1605 FRIEDERISZICK/NITSCHKE/VAN DIJK/VEROUDEN, *Economic applications*, p. 5.

1642 Néanmoins, cet argument va vraisemblablement perdre en pertinence dans une époque où la collecte et le traitement de données est de plus en plus systématique et constitue un outil de gouvernance d'entreprise. Les entreprises seront toujours davantage en possession de ce type d'informations et les utiliseront elles-mêmes pour s'évaluer dans un marché concurrentiel. Ainsi, la disponibilité de ces paramètres **pourra permettre un traitement rapide de la concentration** par la Comco.

1643 Ensuite, le test européen présente une certaine faiblesse par l'**appréciation cloisonnée** des concentrations horizontales et des concentrations verticales, car elles ne sont pas évaluées sur la base des mêmes critères. Nous avons en effet soutenu qu'il était possible et opportun d'évaluer les risques de verrouillage du marché dans les concentrations verticales en utilisant les mêmes tests économétriques que ceux permettant d'examiner les concentrations horizontales (N 859). Ainsi, il nous semble qu'il faille soit adopter une pratique différente en Suisse de celle qui prévaut en droit européen, à l'instar des *Guidelines* de 2020 aux Etats-Unis (N 1221), soit s'accommoder de cette faiblesse.

1644 Enfin, une reprise du test SIEC décevra vraisemblablement ceux qui espèrent une augmentation du nombre d'interdictions prononcées par la Comco. Il apparaît en effet que la Suisse **interdit davantage** de concentrations sous le régime du test de dominance que la DG Concurrence avec le test SIEC (N 1414). C'est d'autant plus remarquable que l'autorité interdisait davantage de concentrations sous le régime de son test de dominance avant la révision de 2004 lorsque le taux d'interdictions était de 0.77%¹⁶⁰⁶ contre 0.21% dès 2004. Le taux d'intervention total est en revanche plus élevé sous le régime du test SIEC, en raison d'un plus grand nombre d'abandons et d'autorisations sous charges et conditions (N 1421).

c. Conclusions intermédiaires

1645 Le bilan des inconvénients et des avantages de la reprise du test SIEC plaide **en faveur d'une reprise du test SIEC**. Elle aurait pour conséquence d'introduire en Suisse la prise en compte des effets unilatéraux, des gains d'efficacité, l'introduction d'outils économétriques garantissant une décision fondée sur des paramètres tangibles plutôt que des appréciations d'ensemble ainsi que la suppression de la tolérance de concentrations sur un marché déjà exempt de concurrence (N 1635).

1646 Le test SIEC n'est **pas parfait** mais peut évoluer et la prise en compte des avis de la doctrine et d'experts permettra de l'optimiser (N 1643).

1606 Directorate General for Competition, *Merger Statistics*.

La reprise du droit européen ne conduirait pas à davantage de travail pour la 1647
Comco puisqu'il **n'engendre statistiquement pas plus de décisions d'interdictions**. Il est en revanche davantage dissuasif puisqu'il provoque plus de retraits du projet de concentration par les parties (N 1644).

3. La reprise du test SLC

A notre connaissance, la reprise du test américain en Suisse n'a jamais été 1648
envisagée sous le régime de la LCart de 1995. Cependant, l'examen du test américain nous a permis d'identifier en particulier **des développements intéressants** pour le droit suisse, même sous un régime de test SIEC.

a. Les avantages de la reprise du test SLC

Il convient de relever que le test **SLC répond également à toutes les cri-** 1649
tiques adressées au test suisse de dominance actuel (N 1631). Le test américain présente, de plus, une évolution particulière qui se démarque du test SIEC à l'heure actuelle.

Nous avons mis en évidence que les *Guidelines* de 2020 (N 188) men- 1650
tionnent la possibilité pour les Agences américaines d'avoir recours aux **tests économétriques** visant à mesurer la proximité concurrentielle dans les concentrations verticales (N 1221)¹⁶⁰⁷.

Ces outils sont compatibles avec le test SIEC en tant que critères d'éva- 1651
luation de la capacité et de l'opportunité des parties de verrouiller le marché après une concentration verticale. Cette innovation est un réel avantage suggéré par le système américain et permet d'**uniformiser les pratiques des autorités** pour l'examen des risques anticoncurrentiels des concentrations verticales et horizontales.

b. Les inconvénients de la reprise du test SLC

Considérant que l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne ap- 1652
pliquent le test SIEC, de même que la DG Concurrence, il semble moins pertinent de maintenir une **différence de test** entre la Suisse et l'Union européenne en adoptant le test SLC.

Compte tenu également du fait que les tests SIEC et SLC tendent à conver- 1653
ger dans leur mise en œuvre et qu'ils conduisent **en principe au même résultat** malgré une formulation différente, il semble qu'aucun avantage apporté par une transposition du test américain en Suisse ne compense l'inconvénient d'avoir un test incompatible avec l'Union européenne¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁷ DOJ et FTC Vertical Merger Guidelines, § 4.a.

¹⁶⁰⁸ GERBER, *Comparative Law and Global Regulatory Convergence*, p. 131; KOKKORIS/SHELANSKI, *EU Merger Control*, n° 3.47.

c. Conclusions intermédiaires

1654 Il ne semble donc **pas opportun** de formuler un test du type SLC en Suisse, principalement pour des raisons de compatibilité avec le test de l'Union européenne.

4. La modification du test de dominance

1655 Parmi les propositions formulées jusqu'ici, certaines visaient à modifier le test suisse de dominance en **supprimant la condition de la suppression de la concurrence efficace**. C'était notamment le cas de la « Variante 2 » du premier projet du Conseil fédéral dans le cadre de la révision de 2012¹⁶⁰⁹.

1656 Nous avons identifié que les défauts du test actuel vont au-delà de la simple condition de la suppression de la concurrence efficace (N 1570). En particulier, cette solution, qui maintient le critère de la création ou du renforcement de la position dominante, bien qu'elle autorise la prise en compte des gains d'efficacité (N 1603) ne permet pas d'appréhender les **effets unilatéraux** puisque ceux-ci peuvent survenir même sans la création d'une position dominante (N 1588).

1657 D'autres commentateurs suggèrent la simple introduction de la **prise en compte des gains d'efficacité**¹⁶¹⁰. Au vu des arguments que nous avons développés et de l'incompatibilité entre la suppression de la concurrence efficace et le gain simultané d'efficacité (N 514), cette suggestion est à rejeter. En effet, cela créerait une loi contradictoire. Elle nécessiterait d'un côté la suppression de la concurrence efficace pour que la Comco puisse intervenir contre une concentration, mais celle-ci pourrait être tout de même autorisée si elle était en même temps à même de générer un gain d'efficacité profitable à la concurrence qui contrebalance la suppression de la concurrence de l'autre côté. Or ces deux conditions s'excluent.

1658 Toute autre solution que la reprise pure et simple du test SIEC, accompagnée de la pratique de la DG Concurrence dans sa mise en œuvre et dans ses Lignes directrices, pérenniserait de surcroît cette **incompatibilité** entre le test suisse et le test utilisé largement dans l'Union européenne, ce qui n'est pas souhaitable. De plus, aucune des solutions développées ici ne permet de corriger tous les défauts du droit suisse actuel (N 1570) alors que la reprise du test SIEC produit cet effet.

1609 Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) (première consultation), p. 32.

1610 **SÜSLU**, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 76.

C. Une proposition législative

Au vu de ces développements, la solution la mieux à même de corriger les défauts du test suisse du contrôle des concentrations et d’assurer une compatibilité bienvenue entre le système suisse et celui de ses voisins européens, consiste en la **reprise du test SIEC**.

Il convient dès lors de **formuler une base légale** pour introduire ce test dans la LCart, par une modification de l’art. 10 LCart actuel. Nous proposons la formulation dans les trois langues officielles pour appréhender tous les problèmes pouvant survenir dans chaque langue et proposer au législateur une solution complète.

En version française :

Appréciation des concentrations d’entreprises

Art. 10 al. 1 et 2

¹ Les concentrations d’entreprises soumises à l’obligation de notifier font l’objet d’un examen par la Commission de la concurrence lorsqu’un examen préalable (art. 32, al. 1) fait apparaître des doutes sérieux quant à leur compatibilité avec le marché suisse¹.

² La Commission de la concurrence peut interdire la concentration ou l’autoriser moyennant des conditions ou des charges lorsqu’il résulte de l’examen que la concentration :

- a. entraverait de manière significative une concurrence effective^{2,3,4}, notamment du fait de la création ou du renforcement d’une position dominante, et
- b. ne réaliserait pas sur le marché des gains d’efficacité⁵ à l’avantage des consommateurs⁶, vérifiables, propres à la concentration, et qui contrebalanceraient les effets dommageables que la concentration produirait sur la concurrence.

³ [inchangé]

⁴ [supprimé]⁷

Note : les appels de note sont développés en plein texte ci-dessous.

¹ Cette formulation supprime la nécessité de la création ou du renforcement d’une position dominante (N 1574). Elle permet de prendre en compte les **effets unilatéraux** survenant sur un marché sans nécessairement que les parties n’acquière de position dominante (N 300). La création ou le renforcement de la position dominante sont cités comme indices pouvant entraver la concurrence de manière significative (al. 2 let. a) (N 637).

- 1664 ²La formulation du test est celle du **test SIEC** (N 56). Le législateur exprimerait ainsi clairement la volonté de se référer au droit européen et à son interprétation.
- 1665 ³Le nouveau test ne nécessite pas non plus la **suppression de la concurrence efficace** (N 1578). Cette modification permet de tenir compte notamment d'un verrouillage du marché qui engendre une augmentation des prix des concurrents, ou une baisse de la qualité des produits ou de la quantité offerte sur le marché, sans que la concurrence ne soit supprimée totalement. Pour évaluer le risque de verrouillage, la Comco pourrait ainsi appliquer les tests économétriques qui permettent de calculer la rentabilité d'un verrouillage pour l'entité résultante (N 1650).
- 1666 ⁴L'abandon de l'exigence de la suppression de la concurrence efficace permet également, dans l'examen du **lien de causalité**, d'appliquer la pratique européenne qui consiste à considérer que la concentration intervenant sur un marché déjà privé de concurrence avant l'opération, devient la nouvelle cause de l'entrave à la concurrence (N 918).
- 1667 ⁵La proposition remplace la prise en compte de l'amélioration des conditions de la concurrence sur un autre marché de l'al. 2 let. b (N 1609), par la **prise en compte explicite des gains d'efficacité** réalisés par les parties, qui remplissent les conditions posées par les Lignes directrices européennes sur les concentrations horizontales et non horizontales (N 985).
- 1668 ⁶Afin de conserver les formulations valables en Suisse, nous avons indiqué la prise en compte de l'intérêt « des consommateurs » et non, comme en droit européen, des « consommateurs intermédiaires et finals ». Cela permet à la Suisse de ne pas reprendre un élément que nous avons identifié comme un indice du **but de la concurrence** poursuivi par la DG Concurrence (N 109). La Suisse peut ainsi continuer de décider de manière autonome le but de la concurrence qu'elle poursuit sans intégrer dans son droit une ambiguïté européenne.
- 1669 ⁷L'al. 4 est supprimé dans la proposition. L'évolution du marché est prise en compte par une formulation au conditionnel de la base légale. Ce critère est ainsi considéré au même titre que selon le test SIEC ou SLC. La prise en compte de la concurrence internationale, en revanche, est supprimée (N 1612).

En version allemande :

1670

Beurteilung von Zusammenschlüssen

1671

Art. 10 Abs. 1 und 2

¹ Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1) ernsthaften Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Schweizerischen Markt ergeben.

² Die Wettbewerbskommission kann den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

- a. den wirksamen Wettbewerb signifikant behindern würde⁸, namentlich⁹ durch Begründung oder Verstärkung einer beherrschenden Stellung; und
- b. keine Effizienzvorteile in dem Markt bewirken würde, die den Verbrauchern zugutekommen, nachprüfbar und fusionsspezifisch wären, und die den nachteiligen Wirkungen dieses Zusammenschlusses auf den Wettbewerb entgegenwirken könnten.

³ [inchangé]

⁴ [supprimé]

⁸ La version du test en allemand mentionne une « *signifikante Behinderung* ». Cette formulation s'écarte à notre regret de la formulation allemande du Règlement 139/2004, « *erhebliche Beeinträchtigung* », mais vise à **éviter le terme « *erheblich* »** de l'art. 5 al. 1 LCart. En effet, le Tribunal fédéral a interprété la notion de « notabilité », « *erheblich* » comme correspondant à ce qui dépasse le cas bagatelle et devant s'évaluer indépendamment des effets anticoncurrentiels sur le marché¹⁶¹¹. Or le test que nous proposons veut justement prendre en compte les effets sur le marché sur la base de critères qualitatifs et quantitatifs (N 1590). C'est donc à dessein que nous évitons la même formulation et en proposons une plus proche de la majorité des versions du Règlement, notamment la française « *significative* », l'anglaise « *significant* », l'italienne « *sinificativo* » et l'espagnole « *significativa* », pour ne citer que celles-ci. Le terme est d'ailleurs connu des praticiens du droit de la concurrence, puisqu'on fait généralement référence au test européen par son sigle SIEC, dont le « S » correspond à « *Significant* » (N 56). Il ne serait par conséquent pas possible de soutenir que la formulation suisse présentée ici ait voulu marquer une différence avec le test européen en raison du fait qu'il n'a pas repris le terme de la version allemande du Règlement, alors que ce dernier s'écarte

¹⁶¹¹ ATF 143 III 297, consid. 5.2.5; JAAG/RUTZ/JACOBBER, *Einführung des SIEC-Tests*, p. 45.

lui-même de la formulation majoritaire dans les autres versions linguistiques. En outre, le Message devrait préciser que c'est bien en référence au droit européen que le texte prévoit la notion de «*signifikante Behinderung*».

- 1673 ⁹ La formulation allemande indique « [...] **namentlich** durch Begründung oder Verstärkung [...] » à la place de «*insbesondere*» dans le Règlement 139/2004 en version allemande, pour mettre l'accent sur le fait que la création ou le renforcement de la position dominante n'est qu'un indice d'entrave à la concurrence (N 637) et lui ôter l'importance que semble donner le terme «*insbesondere*», que nous traduirions par «en particulier». Ce dernier terme met l'accent sur ce cas de figure, ce qui risquerait de maintenir le critère structurel comme le critère principal¹⁶¹². Ainsi, «*namentlich*» s'approche davantage de la version française «notamment».

1674 En version italienne :

1675 **Valutazione delle concentrazioni**

Art. 10 cpv. 1 e 2

¹ Le concentrazioni sottoposte all'obbligo di annuncio sottostanno ad un esame da parte della Commissione della concorrenza sempreché da un esame preliminare (art. 32 cpv. 1) risultino seri dubbi riguardo alla loro compatibilità con il mercato svizzero.

² La Commissione della concorrenza può vietare la concentrazione o vincolarla a condizioni e oneri, se dall'esame risulta che la concentrazione :

- a. ostacolerebbe in modo significativo una concorrenza effettiva, segnatamente¹⁰ a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, e
- b. non genererebbe sul mercato guadagni di efficienza a vantaggio dei consumatori, verificabili e specificamente legati alla concentrazione, che controbilancerebbero gli effetti negativi che la concentrazione potrebbe produrre sulla concorrenza.

³ [inchangé]

⁴ [supprimé]

- 1676 ¹⁰ En italien, nous avons procédé à la même modification que dans la version allemande (N 1673), en indiquant «*segnatamente*» que nous traduirions par «y compris» et qui, à notre avis, reflète mieux l'esprit du «notamment» français.

1612 SÜSLU, *Die Schweizer Fusionskontrolle*, p. 81.

D. Conclusions intermédiaires

Dans cette partie, nous avons récapitulé les paramètres du test que le nouveau droit devrait inclure (N1629). Nous avons ensuite envisagé, à la lumière de la comparaison réalisée (N1379), les **avantages et inconvénients** que présenteraient la reprise du test SIEC (N1634) et la reprise du test SLC (N1648) en droit suisse. Cet exercice nous a permis de déterminer si la reprise, totale ou partielle, de l'un ou l'autre test pouvait répondre aux critiques émises à l'encontre du droit suisse (N1633). 1677

Les manques du droit suisse ayant été mis en évidence uniquement relativement au droit européen et américain, il était naturel que la solution pour les combler soit trouvée dans l'un ou l'autre. Cependant, il n'était pas nécessairement évident que **la reprise d'un test dans son intégralité** allait s'imposer comme la meilleure solution. Cela n'a d'ailleurs pas été le cas, puisque nous avons conclu qu'il était opportun, en plus de reprendre le test européen (N1645), de recourir également à des tests économétriques permettant d'évaluer la proximité concurrentielle entre entreprises, pour évaluer l'opportunité et la possibilité de l'entité résultante de verrouiller le marché (N1650). Nous avons en outre établi que leur prise en compte était compatible avec le test SIEC, sans aménagement particulier (N1651). 1678

Après analyse des diverses options, nous proposons au législateur suisse d'**opter pour le test SIEC** (N1659). Notre analyse quantitative des décisions des trois systèmes examinés (N1422) a démontré que le test SIEC n'entraîne pas plus d'interdictions, mais permettra de prendre en compte les effets de la concentration de manière plus précise et d'aboutir à des résultats moins aléatoires (N1568). 1679

Nous avons formulé une **nouvelle base légale** pour le contrôle des concentrations d'entreprises (N1660) qui reprenne la formulation européenne du test pour qu'on puisse appliquer la pratique de la DG Concurrence et la jurisprudence européenne (N1664). Nous avons ensuite vérifié que la modification répondait à toutes les critiques adressées à l'encontre du droit suisse actuel (N1663). 1680

Nous avons également formulé une **base légale en allemand** pour répondre à certaines critiques fondées sur l'articulation entre la formulation allemande du Règlement 139/2004 et l'art. 5 LCart. En effet, une reprise sans modification du texte européen en allemand aurait conduit à utiliser un terme défini par le Tribunal fédéral, d'une manière qui anéantirait le but poursuivi par la réforme du contrôle des concentrations (N1672). Nous avons également tenu compte d'une critique relative à l'importance donnée au critère de la création ou du renforcement de la position dominante (N1673) et avons conclu 1681

que ces deux modifications de formulation permettaient d'éviter deux écueils importants sans altérer le contenu du test européen, que nous proposons de reprendre en Suisse.

1682 Afin de proposer un système cohérent et complet au législateur, nous avons enfin formulé **la disposition en italien** (N 1675). L'exercice s'imposait également pour vérifier que les questions qui se posaient dans la version allemande trouvaient une réponse appropriée en italien.

IV. Une conclusion

1683 Après avoir présenté, dans les chapitres précédents, le test matériel du contrôle des concentrations en Suisse (N 191), dans l'Union européenne (N 630) et aux Etats-Unis (N 1064) et comparé ces trois systèmes (N 1379), nous avons élaboré dans ce chapitre une **proposition de réforme**.

1684 Nous avons d'abord mis en exergue les motifs pertinents à nos yeux pour une **réforme du droit suisse** en matière de contrôle des concentrations (N 1563), nous avons ensuite envisagé plusieurs scénarios, avant de choisir celui qui nous semblait le meilleur. Enfin, nous avons formulé une base légale nouvelle pour transposer le droit européen dans le droit suisse (N 1659).

1685 Cette base légale constitue **l'aboutissement de la thèse** et a permis de répondre au postulat de base de la recherche, à savoir s'il était nécessaire de mettre à jour le droit suisse en matière de contrôle des concentrations et, le cas échéant, comment il convenait de le faire (N 11).

Conclusion Générale – Les thèses

Cette étude était consacrée à l'**analyse comparée du test matériel du contrôle des concentrations en droit suisse, européen et américain**. Elle visait à établir quel contrôle chacun de ces régimes a prévu dans son droit, comparer ces différents tests et extraire de cette comparaison une proposition de réforme du droit suisse à la lumière des meilleures pratiques constatées à l'étranger. 1686

I. Les fondements

1° Les tests des contrôles des concentrations appliqués en Suisse, en Europe et aux Etats-Unis (N 56) ont un fondement législatif. En Suisse, le test de dominance qualifiée permet d'interdire ou des soumettre à conditions les concentrations qui créent ou renforcent une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace (art. 10 LCart) (N 194) ; en Europe, le test SIEC, celles qui entravent de manière significative la concurrence effective, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante (art. 2 al. 2 Règlement 139/2004) (N 632) et, aux Etats-Unis, le test SLC, celles qui diminuent substantiellement la concurrence (Sect. 7 du *Clayton Act*) (N 1066). 1687

Chaque test comprend une liste de **critères** que l'autorité compétente applique en fonction du cas d'espèce (N 57). Ces critères sont souvent les mêmes, mais ils font toutefois l'objet d'une application qui diverge d'une autorité à l'autre. 1688

Afin d'évaluer si ces critères sont remplis, les autorités recourent à différents **tests quantitatifs économétriques** (N 58) ou réunissent des données qualitatives, à savoir des opinions des parties ou des concurrents. 1689

2° Les fondements du droit de la concurrence visent à garantir la distribution optimale de biens de la meilleure qualité au meilleur prix à chaque consommateur qui souhaite en acquérir (N 59). Elle implique généralement que le marché sur lequel elle joue présente certaines caractéristiques structurelles (N 61) mais un examen détaillé des interactions sur le marché est nécessaire pour déterminer si la concurrence est efficace (N 65). 1690

- 1691 **3° Les standards de protection du droit de la concurrence** déterminent quel intérêt l'ordre juridique protège en premier lieu par son droit de la concurrence (N 72). Il peut s'agir de la protection du bien-être du consommateur ou du bien-être général directement, ou, de manière plus indirecte, de la protection du plus grand nombre en protégeant un pouvoir économique décentralisé, un accès au marché pour les acteurs économiques, ou la protection d'un processus concurrentiel.
- 1692 Le **droit suisse** n'indique pas précisément quel but il poursuit. Le législateur a au contraire souhaité que le droit puisse s'appliquer en fonction de standards pouvant évoluer au gré des développements scientifiques (N 97).
- 1693 Le **droit européen** est fondé principalement sur la poursuite du bien-être des consommateurs, bien que, dans le résultat, en définissant les consommateurs comme étant tout consommateur intermédiaire ou final, l'Union européenne poursuive davantage un standard de protection du processus concurrentiel (N 115).
- 1694 Le **droit américain** est fondé sur la protection des consommateurs également. Sans preuve stricte des effets d'une diminution de la concurrence sur les consommateurs finaux, les Agences américaines ne peuvent pas obtenir l'interdiction d'une concentration devant les tribunaux (N 117).

II. Le contrôle matériel des concentrations

- 1695 **4° L'appréciation des décisions suisses**, nous a permis de déterminer exactement la pratique de la Comco et son résultat de ses décisions (N 213). Faute de lignes directrices indiquant exactement quels critères la Comco examine et comment elle les apprécie, nous avons effectué une analyse détaillée et systématique du test, tel que l'autorité l'applique effectivement (N 214). Nous avons également établi une liste des critères appliqués et, lorsque cela était possible, à quelle fréquence cela se faisait.
- 1696 **5° L'éventail des critères du test SIEC** a été présenté, principalement sur la base des Lignes directrices établies par la DG Concurrence. Nous avons présenté en détail les tests économétriques auxquels l'autorité recourt et les avons exprimés en formules mathématiques ou économiques. Ceux-ci permettent de quantifier la pression concurrentielle que les acteurs économiques s'imposent (N 743).
- 1697 **6° L'évolution du droit américain du contrôle des concentrations** a fait l'objet d'un examen, de son origine à nos jours. En tant que berceau du droit

de la concurrence, les Etats-Unis nous ont fourni un lot important d'informations sur le contrôle des concentrations (N 1064). Le test américain est le fruit d'une histoire plus que centenaire et les critères appliqués aujourd'hui s'expliquent par des évolutions politiques, doctrinales et jurisprudentielles. L'examen de ce système a fourni des outils précieux pour interpréter sous l'angle historique et téléologique les normes du droit de la concurrence en Suisse et en Europe. Or comprendre ces évolutions historiques a été important dans la perspective de la proposition d'une réforme en Suisse, pour éviter de se heurter à des écueils rencontrés par le passé (N 1621).

7° L'examen complet du test américain nous a permis également de rechercher les meilleures pratiques des autorités et les meilleures propositions de la doctrine pour appréhender au mieux les effets anticoncurrentiels provoqués par les concentrations (N 1117). 1698

III. L'analyse comparée des tests

8° La comparaison des tests réalisée après l'examen complet de chacun d'entre eux (N 1379) a mis en évidence leurs différences. Cet exercice a également révélé que ces distinctions se trouvent dans les détails : chaque test contient globalement les mêmes critères, mais certains de ces critères sont appréciés différemment par chaque autorité (N 1517). 1699

Nous avons aussi comparé les pratiques des autorités. La Comco a un **taux d'intervention** plus sévère que les Agences américaines mais moins sévère que la DG Concurrence lorsque l'on prend en compte toutes les procédures dont l'issue est autre qu'une autorisation sans charges ni conditions (N 1422). De manière moins attendue, le droit suisse, qui ne devait interdire que peu de concentrations selon la volonté du législateur (N 212), présente le plus haut taux des trois systèmes en matière d'interdiction des concentrations (N 1420). 1700

9° La comparaison nous a permis de démontrer la **nécessité d'une réforme** (N 1563). En effet, une fois les différences constatées, nous avons soumis trois décisions suisses aux critères appliqués en Europe et aux Etats-Unis et avons démontré que les résultats auraient pu être différents si la Comco les avait appliqués (N 1519). Nous avons donc établi que les différences constatées pouvaient influencer le résultat des décisions. 1701

Nous avons mis en exergue **des lacunes du droit suisse préjudiciable à une concurrence efficace** (N 1621). 1702

- 1703 **10° Nous avons proposé une réforme.** Fort du constat que le droit suisse présentait des lacunes (N 1570), nous avons entrepris d'identifier les avantages que présentaient les autres tests pour combler ces lacunes. Nous avons envisagé les solutions permettant de corriger les faiblesses du système suisse et les avons testées pour vérifier qu'elles rempliraient correctement et complètement leur fonction (N 1631). Nous avons pesé le pour et le contre de chacune d'entre elles et avons pris position quant aux inconvénients anticipés ou cités par la doctrine (N 1634).
- 1704 Nous avons finalement **proposé une nouvelle base légale** intégrant le test matériel européen (N 1659). Nous avons formulé un nouvel art. 10 LCart en français, en allemand et en italien (N 1675), en tenant compte particulièrement de la formulation en allemand.
- 1705 Nous avons ensuite vérifié que la nouvelle base légale répondait à chacune des critiques formulées à l'encontre du test suisse (N 1663 ss). Nous concluons que l'art. 10 LCart que nous proposons est apte à améliorer le test du contrôle des concentrations et qu'il peut être **adopté** par le législateur pour faire entrer le contrôle suisse des concentrations dans un nouvel âge.

Annexe I:

Table et statistiques des décisions de la Comco 1997-2019

N°	Affaire	DPC
1997		
1	Publicitas - Gasser - Tschudi Druck	1997/2
2	Diax	1997/2
3	Batigroup	1997/2
4	Thyssen Stahl AG / Krupp Hoesch Stahl AG	1997/3
5	Merial (fusion Rhône Poulenc et Merk & Co)	1997/3
6	General Electric Capital Corporation / Bank Aufina AG	1997/3
7	Migros / Globus	1997/3
8	Siemens / Elektrowatt	1997/3
9	Le Nouveau Journal	1997/3
10	Valiant Holding / Bank in Langnau	1997/4
11	Anzeiger von Uster AG / Druckerei Wetzikon AG	1997/4
12	Crédit Suisse Group / Winterthur Versicherungen	1997/4
13	Adtranz CH / Schindler Waggon AG	1997/4
14	Siemens / Elektrowatt (ex. préalable N°8)	1997/4
15	Watt AG	1997/4
16	Fastbox Ticketservices AG	1997/4
1998		
17	Le Temps (ex. préalable N°9)	1998/1
18	Roche / Corange	1998/1
19	Diax Mobile AG	1998/1
20	Comtop II	1998/1
21	Zschokke / Locher	1998/1
22	Revisuisse Price Waterhouse / STG-Coopers & Lybrand	1998/2
23	Curti Co AG / Schweizerische Speisewagen Gesellschaft Holding	1998/2
24	Swisskey AG	1998/2
25	Schweizerische Post - BEVO	1998/2
26	Schweizerische Post - BEVO - vorzeitiger Vollzug	1998/2
27	Thomson SA - Alcatel - Alsthom	1998/2
28	Compaq Computer Corporation - Digital Equipment Corporation	1998/2
29	Batigroup Holding AG - Stamm Gruppe	1998/2
30	UBS / SBV	1998/2

N°	Affaire	DPC
31	Bell AG / SEG-Poulets AG	1998/3
32	ESTEL	1998/3
33	Swisscom - UTA	1998/3
34	Fried. Krupp AG Hoesch Krupp - Thyssen AG	1998/3
35	Daimler-Benz / Chrysler	1998/3
36	CHS Electronics Inc. / Vobis Microcomputer AG	1998/3
37	Exxon / Shell	1998/4
38	Publigroupe - Swisscom	1998/4
1999		
39	Toni AG - Tochtergesellschaften der Sântis Holding AG (swiss dairy food)	1999/1
40	Deutsche Post AG - Danzas Holding AG	1999/1
41	Société Neuchâteloise de Presse S.A.	1999/1
42	General Electric Capital Corporation - Bank Prokredit	1999/1
43	Batrec AG - Recymet SA	1999/1
44	Daimler Chrysler AG - ABB Daimler-Benz Transportation GmbH	1999/1
45	Carrier Corporation - Toshiba Corporation	1999/1
46	Axel Springer Verlag AG - Handelszeitung und Finanzrundschau AG	1999/1
47	Direct Center Luzern AG (Post) - Jaeggi & Weibel AG (Bertelsmann)	1999/1
48	Ford Motor Company - Volvo Car Corporation	1999/1
49	Swisscom AG - Unisource Business Networks (Schweiz) AG	1999/1
50	Ta-Media AG - Radio Zürisee AG	1999/1
51	BAT - Rothmans	1999/2
52	Panalpina - Jacky Maeder	1999/2
53	Renault - Nissan	1999/2
54	ABB Handels- und Verwaltungs AG - Alstom SA	1999/2
55	La Tribune de Genève (Edipresse) - SDP	1999/2
56	Valora Holding AG - Messaggerie del Libro et della Stampa SA (Melisa)	1999/3
57	Credit Suisse Group / Belcom Holding AG	1999/3
58	Exxon - Mobil	1999/3
59	Bon Appétit Holding - Usego Hofer Curti AG	1999/3
60	TeleZüri AG (Erhöhung Beteiligungen von Belcom und TA Media)	1999/3
61	Swisscom - debitel	1999/3
62	ITV / IVG - TUI (Suisse) AG	1999/3
63	Hoechst / Rhône-Poulenc	1999/3
64	SBB AG - Transpetrol GmbH	1999/3
65	Georg von Holtzrinck - Verlagsgruppe Handelsblatt / Dow Jones	1999/4
66	GE Capital - Lisca	1999/4
67	Alcan - Pechiney - Algroup	1999/4

N°	Affaire	DPC
2000		
68	SBB / Migros / Kiosk AG = Avec	2000/1
69	Basler Kantonalbank / Coop Bank	2000/1
70	Buchdruckerei Buchs AG / AG für die Neue Zürcher Zeitung	2000/1
71	Dow Jones Reuters Business Interactive	2000/1
72	Freecom / Dangaard	2000/1
73	Railtour Suisse SA / Railaway AG	2000/1
74	Sat. 1 (Schweiz) / Ringier AG	2000/1
75	Rheinmetall DeTec AG - Oerlikon Contraves AG und Oerlikon Aerospace Inc.	2000/1
76	Volvo AG - Scania AG	2000/1
77	BP Amoco p.l.c. / Mobil Corporation	2000/1
78	Gétaz Romang / Miauton	2000/1
79	Aerospatiale Matra & DaimlerChrysler Aerospace und Construcciones Aeronauticas	2000/1
80	Actebis / CHS	2000/1
81	Service / Wyrsh Trading	2000/1
82	VEBA AG / VIAG AG	2000/2
83	Elf Aquitaine / TOTALFINA	2000/2
84	Südostschweiz Pressevertrieb AG	2000/2
85	EM.TV / SLEC	2000/2
86	Rätia Energie AG	2000/2
87	St. Galler Tagblatt AG / Medien Z Holding - Radio RI	2000/2
88	NZZ-Gruppe & Bertelsmann AG - Druckerei-Branchensoftware	2000/2
89	Tobler / Alruma	2000/2
90	Bon appétit Gastronomie / Bell Gastro	2000/2
91	Alstom / Alstom ABB Power	2000/2
92	Usego Hofer Curti AG - Groupe Magro SA	2000/3
93	Ta Media AG - Verlag Finanz und Wirtschaft AG	2000/3
94	TUI / KUONI	2000/3
95	Vodafone AirTouch PLC Vivendi S.A. und Canal + S.A.	2000/3
96	Berner Oberland Medien AG / Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG	2000/3
97	Nordic Capital / Hiag / Nybron	2000/3
98	Airrange AG	2000/3
99	Göhner Merkur AG	2000/3
100	Bosch / Siemens, GU Demag Krauss-Maffei	2000/3
101	HSBC Holdings plc und Crédit Commercial de France	2000/3
102	Dai-Ichi Kangyo Ltd. Tokyo, Fuji Bank Ltd Tokyo, und The Industrial Bank of Japan Ltd	2000/3

N°	Affaire	DPC
103	Vivendi SA, Canal + SA und The Seagram Company	2000/4
104	Alcatel / Thomson Multimedia	2000/4
105	Baloise Holding AG / Solothurner Bank SoBa AG	2000/4
106	Airbus	2000/4
107	Berner Tagblatt Medien AG / Schaer Thun AG	2000/4
108	Banner.ch	2000/4
109	BertelsmannSpringer GmbH / EMAP Deutschland Gruppe	2000/4
110	Vivendi Environnement / Novartis International AG	2000/4
111	Thurgauer Medien AG	2000/4
112	Imprimerie et Librairies Saint-Paul SA / Editions et imprimerie Le Pays SA	2000/4
113	Teledanmark (sunrise DiAx)	2000/4
2001		
114	BertelsmannSpringer, Business to Business (Schweiz) AG / Schück Söhne AG	2001/1
115	Hypo und Vereinsbank AG München und Bank Austria AG Wien	2001/1
116	Schweizerischen Bundesbahnen (SBB AG) und Securitas AG	2001/1
117	The Chase Manhattan Corporation et JP Morgan & Co Corporated	2001/1
118	Presse Publications SR SA / Senger Media AG	2001/1
119	Bombardier Adtranz	2001/1
120	Vivendi / Vivendi Environnement / EDF	2001/1
121	Siemens / Atecs Mannesmann AG Kontrolle über Dematic AG Demag Krauss-Maffei AG Sachs AG und VDO AG	2001/1
122	Teilerwerb der Hallwag AG durch die Büchler Grafino AG	2001/1
123	DyStar - BASF	2001/1
124	Bluewin / Swisscom directories	2001/1
125	Shell Erneuerbare Energien AG / Siemens Solar GmbH	2001/2
126	Landesbank Hessen - Thüringen Girozentrale Frankfurt und Bayerische Landesbank Girozentrale München	2001/2
127	Glaxo Wellcome PLC / SmithKline Beecham PLC	2001/2
128	Dipl. Ing. Fust / Elektro plus AG / Electro plus Moncor SA	2001/2
129	Compass Group / Selecta Group	2001/2
130	DG Bank und GZ Bank AG	2001/3
131	Allianz AG und Dresdner Bank AG	2001/3
132	Ringier Print Holding AG - Druckerei Winterthur dw AG / Colorserv AG	2001/3
133	Raytheon Company / Thomson CSF	2001/3
134	Bertelsmann AG / RTL Group	2001/3
135	Mittelland Zeitung	2001/3
136	Amedis AG / F. Uhlmann-Eyraud SA	2001/3
137	Benteli Verlags AG	2001/3

N°	Affaire	DPC
138	GE / Honeywell	2001/3
139	Zschokke Holding AG / Göhner Merkur AG	2001/3
140	Ziegler Druck und Verlags AG / Zürcher Oberland Medien AG - Kiebitz Verlag und Produktion AG	2001/3
141	Unilever / Bestfoods	2001/4
142	EWZ - Enron	2001/4
143	NOK - E.On - Watt	2001/4
144	Ericsson / Sony	2001/4
145	Tamedia / Belcom	2001/4
146	Groupe Canal+ / RTL Group / Groupe Jean-Claude Darmon	2001/4
147	The Coca-Cola Company / Nestle S.A.	2001/4
148	Swisscom AG / AGI IT Services AG	2001/4
149	UBS CSG - Crossair	2001/4
2002		
150	Knauf La Rhénane S.A. / Alcopor Holding AG	2002/1
151	Compass - Restorama / Rail Gourmet	2002/1
152	AZ Vertriebs AG	2002/1
153	Edipresse Publications SA / Journal de Morges	2002/1
154	BP / E.ON	2002/1
155	EnBW / Geschäftsbereich Energie der Lonza Group	2002/1
156	Edipresse / Centre d'impression de la Broye SA	2002/2
157	Hewlett-Packard / Compaq	2002/2
158	France Antilles - L'express Communication holding SA	2002/2
159	Norsk Hydro ASA / VAW Aluminium AG	2002/2
160	Usinor&Arbed / Aceralia	2002/2
161	NZZ - LZ Medien Holding	2002/2
162	NOK / Watt	2002/2
163	Ernst & Young / Arthur Andersen	2002/2
164	BP / E.ON	2002/3
165	Ernst & Young / Arthur Andersen AG	2002/3
166	Tamedia AG - LH Holding AG / Radio Basilisk Betriebs AG	2002/3
167	Richner AG / Vicom Baubedarf AG	2002/3
168	Zürcher Kantonalbank / BZ Visionen	2002/3
169	GU Laboratoires Inneov	2002/3
170	Coop / EPA	2002/3
171	Demag Holding (KKR) / siemens	2002/3
172	Valiant Holding, IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG	2002/4
173	RWE Solutions AG und Schott Glaskontor GmbH (RWE Solar GmbH)	2002/4
174	Richner AG / BBH Baubedarf Holding AG	2002/4

N°	Affaire	DPC
175	Migros-Genossenschafts-Bund und Scana Lebensmittel AG	2002/4
176	IBM Deutschlant GmbH Berlin et PwC Consulting AG Zurich	2002/4
177	Deutsche Post / DHL	2002/4
2003		
178	Tamoil Distribution SA / TotalFinaElf (suisse) SA und Potrans SA	2003/1
179	Cargill Inc & Alcorex SA - Provimi-Kliba SA	2003/1
180	CIE Management II Limited und Hirslanden Holding AG	2003/1
181	E.ON Ruhrgas	2003/1
182	Edipresse - Corbaz	2003/1
183	Swisscom Fixnet AG WLAN AG	2003/1
184	Crema / SDF	2003/1
185	Accenture AG / Systor AG	2003/2
186	RAG Degussa	2003/2
187	Pfizer Inc / Pharmacia Corp.	2003/2
188	Converium / Northern States / Global Aerospace Underwriting Managers (GAUM)	2003/2
189	Crédit Agricole / Crédit Lyonnais	2003/2
190	DSM / Roche Vitamine und Feinchemikalien	2003/2
191	Emmi Gruppe / Swiss Dairy Food (Sortenkäsegeschäft)	2003/3
192	Zürich Invest Bank AG / AIG Privat Bank AG	2003/3
193	Schlachtbetrieb St. Gallen AG	2003/3
194	Coop / Waro	2003/3
195	Total Holdings UK Ltd. / Samsung General Chemicals Co. Ltd	2003/3
196	Candover / Cinven mit BertelsmannSpringer	2003/3
197	EdF - EDF	2003/4
198	Emmi Gruppe / Swiss Dairy Food (Betrieb Landquart - Raclettekäsegeschäft)	2003/4
199	Emmi AG / Swiss Dairy Food AG (Standort Ostermundigen)	2003/4
200	Edipresse / Ringier - Le Temps	2003/4
201	Alcan / Pechiney	2003/4
202	Ringier AG / Bolero Zeitschriftenverlag AG	2003/4
2004		
203	Hogg Robinson - Kuoni Business Travel	2004/1
204	Carnavi-Holding AG / Ernst Sutter AG	2004/1
205	3i Group plc / MIB AG	2004/1
206	JURA-Holding / HASTAG Holding	2004/1
207	NZZ - Espace - Der Bund	2004/1
208	NZZ - Espace - Bund	2004/2
209	RTL Group SA / Métropole Télévision SA	2004/2

N°	Affaire	DPC
210	CapVis / ABB Gebäudetechnik	2004/2
211	Berner Zeitung AG / 20 Minuten (Schweiz) AG	2004/2
212	Tamedia AG / 20 Minuten (schweiz) AG	2004/2
213	UBS AG / Motor-Columbus AG	2004/3
214	UTC / EADS Revima	2004/3
215	KKR / DYNAMIT NOBEL	2004/3
216	Sanofi-Synthélabo SA / Aventis SA	2004/3
217	Planet - The Dow Chemical Company / Petrochemical Industries company KSC	2004/3
218	White sands - The Doc Chemical Company / Petrochemical Industries Company KSC	2004/3
219	ED&F Man Group / Volcafé Gruppe	2004/4
220	Bertelsmann AG / Sony Corporation of America	2004/4
221	DLJ Merchant Banking III, Inc. /KKR	2004/4
222	BAE Systems plc / Alvis plc	2004/4
223	Swisscom Systems AG / Itelpro Solutions AG	2004/4
224	Edipresse / Le Jura Vaudois	2004/4
225	NZZ / Ringier	2004/4
2005		
226	Fenaco / Primo-Visavis	2005/1
227	Tamedia AG / Edipresse SA / Homegate AG	2005/2
228	Saint-Gobain / Sanitas Troesch	2005/2
229	Transgourmet Holding AG	2005/2
230	Swissgrid	2005/2
231	Cashgate - Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Thurgauer Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding	2005/2
232	Swisscom - Cinetrade	2005/2
233	Swiss Life / Vaudoise Vie	2005/2
234	Vaudoise Générale / La Suisse	2005/2
235	Helsana AG Helsana Unfall AG / La Suisse	2005/2
236	EQT / The Goldman Sachs Group / ISS A/S	2005/2
237	CIE Management II Limited / Cinven Limited und Amadeus Global Distributions SA	2005/2
238	Swisscom / Belgacom	2005/2
239	UBS / SBV (Revue des charges)	2005/2
240	Migros / Valora	2005/3
241	EQT III / Carl Zeiss / SOLA	2005/3
242	Stora Enso / Schneider	2005/3
243	JCI / Bosch - Europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi	2005/3
244	Procter & Gamble / Gillette	2005/4

N°	Affaire	DPC
245	Permira Holding Limited / Hirschmann Industrial Holding Ltd. Bzw Jet Aviation	2005/4
246	TDC Switzerland AG (Sunrise) / Ascom (Schweiz) AG; Übernahme des Geschäftsbereichs Business Communication der Ascom (Schweiz) AG	2005/4
247	Centravo AG	2005/4
248	PKS Media Sàrl / SBS Broadcasting SA	2005/4
249	Galenica SA / Alliance Uni-Chem	2005/4
250	Edipresse Corbaz	2005/4
251	Julius Bär Holding AG / BDL Banco du Lugano, Einger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und Weitere Beteiligte	2005/4
252	ADM Poland et CEFETRA / BTZ	2005/4
253	Swisscom Broadcast / Antenna	2005/4
2006		
254	Denner / Pick Pay	2006/1
255	BLS Lötschbergbahn AG (BLS) - Regionalverkehr Mittelland AG (RM)	2006/2
256	Swisscom Fixnet AG - Cybernet Schweiz AG	2006/2
257	Emmi AG / Argauer Zentralmolkerei AG AZM	2006/2
258	Swisscom Eurospot AG / Core Communications Corporation	2006/2
259	NZZ / Ringier / Edipress (Swiss Printers II)	2006/3
260	Swisscom Fixnet AG / Betty Holding AG	2006/3
261	Atel - EOSH-Aktiven	2006/3
262	Bouygues / Alstom	2006/3
263	AXA / Winterthur	2006/3
264	Galenica / Unione	2006/3
265	Losinger / Marazzi	2006/3
266	Gaz de France - Suez	2006/4
267	GE / CSFBPE / GIMP	2006/4
268	ISS / Edelweissfm	2006/4
269	Hotelplan - Travelhouse	2006/4
270	Capvis Equity II / Orior Food	2006/4
2007		
271	Kohlberg Kravis Roberts & Co LP / The Goldman Sachs Group, Inc. / Kion Group	2007/1
272	Crédit Agricole SA / Fiat Auto SpA	2007/1
273	Nokia Corporation - Siemens AG	2007/1
274	Lavena - ProSiebenSat. 1	2007/1
275	Zschokke Holding AG / Batigroup Holding AG	2007/1
276	Tamedia AG Radio Basel 1 Werbe AG / Radio Regenbogen Hörfunk in Baden GmbH & Co. KG	2007/1
277	Walter Frey / Mitsubishi Motors	2007/1
278	Migros / AFH Angehrn	2007/1

N°	Affaire	DPC
279	Spontis SA	2007/2
280	CRH Gruppe / Gétaz Romang	2007/2
281	Swisscom AG / Fastweb SpA	2007/2
282	Statoil / Norks Hydro	2007/2
283	voestalpine AG / Böhler-Uddeholm AG	2007/3
284	Edipresse / Objectif 15-30 Sàrl	2007/3
285	ETDE / MIBAG	2007/3
286	Norilsk Nickel / LionOre	2007/3
287	Allianz Capital Partners / Selecta	2007/3
288	Publicitas AS Venture - Zanox	2007/3
289	Rasperia Trading Limited, UNIQA Versicherungen AG und Raiffeisen Holding / STRABAG	2007/3
290	Oel-Pool AG / Oel Hauser AG und Groupe Charmettes SA	2007/3
291	CT Cinetrade AG / Sportradio AG	2007/3
292	Swisscom AG / Transmedia Communications SA	2007/3
293	Tech Date / Actebis	2007/3
294	Alstom Rail Service CH / SBB	2007/3
295	Fenaco / Granador	2007/3
296	TF1 SA / Artemis SA	2007/3
297	Nestlé SA / Sources Minérales Henniez SA	2007/4
298	Barclays / ABN AMRO	2007/4
299	Rio Tinto plc / Alcan Inc	2007/4
300	Spontis SA / Beitritt der SIG	2007/4
301	Charterhouse Capital Limited / CVC Capital Partners Group (Luxembourg) Sàrl / per mira Holdings Limited / The AA / Saga	2007/4
302	SWX Group / Verein SWX Swiss Exchange / SIS Swiss Financial Services Group AG / Telekurs Holding AG	2007/4
303	Swisscom / Infonet Schweiz AG	2007/4
304	Tamedia AG / Espace Media Groupe	2007/4
305	Jet Aviation Handling AG / Dnata (Kontrollerwerb)	2007/4
306	Infineon Technologies AG - Siemens AG - Gemeinschaftsunternehmens	2007/4
307	The Royal Bank of Scotland Groupe plc / Sempra Energy	2007/4
308	BEKB / RBA	2007/4
2008		
309	Norddeutsche Affinerie AG / Cumerio NV/SA	2008/1
310	Société générale SA / Calyon SA	2008/1
311	Bank Sarasin & Cie Ltd / AIG Privat Bank AG	2008/1
312	RE Comm SA / Services Industriels de Lausanne	2008/1
313	General Electric Company / Crédit Suisse Private Equity Inc. / Mubadala Development Company PJSC	2008/1

N°	Affaire	DPC
314	Migros / Denner	2008/1
315	Css / Intrax	2008/2
316	Saint-Gobain / Maxit	2008/2
317	Swiss Life / AWD	2008/2
318	Fenaco / Kellenberger Frisch Service AG	2008/2
319	Sony Ericsson Mobile Communications AB / Motorola Inc.	2008/2
320	Altor & Papyrus	2008/2
321	Orlor / Spiess	2008/2
322	Torm / Projector SA	2008/2
323	BSI SA / Banca del Gottardo	2008/2
324	OSJC Novolipetks Steel / Novex Trading (Swiss) SA und Novexco (Cyprus) Ltd	2008/2
325	Dow Chemicals / CP Chemicals (Americas Styrenics)	2008/2
326	fenaco / Steffen-Ris Holding AG	2008/2
327	Morgan Stanley / SPI / Heidmar	2008/2
328	Swisscom AG / The Phone House AG	2008/2
329	Swisscom AG & Webcall GmbH	2008/2
330	Volkswagen AG / Scania AB	2008/2
331	Hexion Inc. / Huntsman Corporation	2008/2
332	Porsche Automobil Holding SE / Volkswagen AG	2008/3
333	RESUN AH	2008/3
334	Edipresse Publications SA / Editions Le Régional SA	2008/3
335	The Goldman Sachs Group Inc / PAI partners SAS / Xella International GmbH	2008/3
336	Swisscom AG / Verizon Switzerland	2008/3
337	Heineken / Eichhof	2008/3
338	Randstad (Schweiz) AG / Vedior (Schweiz) AG	2008/3
339	Berkshire Halhaway / Munich Re / Global Aerospace	2008/3
340	Coop / Fust	2008/3
341	CVC Capital Partners Group / RAG-Stiftung / Evonik Industries AG	2008/3
342	Coop / Carrefour	2008/4
343	ETA Manufacture Horloère Suisse SA / Burri SA	2008/4
344	Mifroma SA / Emil Dörig Käsehandel AG	2008/4
345	Sunrise / Tele2	2008/4
346	Airtrust AG / Edelweiss Air AG	2008/4
347	BLS AG / Railion Deutschland AG	2008/4
348	Tata Limited et al. / Piaggio	2008/4
2009		
349	Transgourmet Golding SE	2009/1

N°	Affaire	DPC
350	EN+ Group Limited / OJSC NK eft	2009/1
351	Migros / Gries	2009/1
352	Micarna SA / Natura Fleischrocknerei P. Peduzzi	2009/1
353	Thesaurus II - Barclays Private Equity (Schweiz) AG / New Schild Holding SA	2009/1
354	BNP Paribas / Entités Fortis SA	2009/1
355	Salzgitter / Norddeutsche Affinerie	2009/1
356	Valora AH / Cevanova AG	2009/1
357	Migros-Genossenschafts-Bund / Cevanova AG	2009/1
358	Schaeffler / Continental (Zwischenverfügung)	2009/1
359	Schaeffler / Continental (Freistellungsentscheid)	2009/1
360	Aabar Investments PJSC / AIG Private Bank Ltf.	2009/1
361	BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH / CIBA Holding AG	2009/1
362	Hapag-Lloyd AG / Kühne Holding AG / HGV Hamburger Gesellschaft für Vermögens- und Beteiligungsmanagement mbH / TUI AG	2009/1
363	Johnson Controls / Geschäftsbereich facility Management der Swisscom Immobilien AG	2009/1
364	Hewlett-Packard Company / Electronic Data Systems Corporation	2009/2
365	Dassault Aviation / TSA / Thales	2009/2
366	Dörig Käsehandel AG / Alois Koch Käsehandel AG	2009/2
367	Sun Store AG / Aristeia SA / Sitripharma SA / Galenica	2009/2
368	Fiat / Chrysler	2009/2
369	GE / Safran	2009/2
370	Swiss Prime Site AG / Jelmoli Holding AG	2009/2
371	Fund Channel SA	2009/3
372	Emmi AG / Nutrifrais SA	2009/3
373	Volkswagen AG / Fleet Investments BV / LeasePlan Corporation NV	2009/3
374	Publigroupe / AS Venture / Digital Window	2009/3
375	Tamedia PPSR	2009/3
376	Pfizer / Wyeth	2009/4
377	Post / NZZ / Tamedia und Post / Tamedia	2009/4
378	Merck and Co / Schering-Plouth	2009/4
379	Emmi Interfrais SA / Kellenberger Frisch Service SA	2009/4
380	Nokia Corporation / SAP AG	2009/4
381	Canon / Océ	2009/4
2010		
382	Bank Julius Bär / Co. AG / ING Bank (Schweiz) AG	2010/1
383	Bischofszell Nahrungsmittel AG / Weisenhorn Food Specialities GmbH	2010/1
384	Oracle Corporation / Sun Microsystems, Inc.	2010/1
385	Bank of America / Barclays / DSI International	2010/2

N°	Affaire	DPC
386	Edipresse Publications SA / Imprimerie Cuhat SA	2010/2
387	Stoffel Participations Group / Bauengineering / Swissbuilding Concept	2010/2
388	Hospitality Services Plus SA / Wayport Holdings A/S	2010/2
389	France télécom SA / Sunrise Communications AG	2010/3
390	Ringier AG / Axel Springer AG (GU osteuropäische Aktivitäten)	2010/3
391	JPMorgan Chase & Co / gewisse Rohstoffhandelsaktivitäten der RBS Semptra Commodities LLP und The Royal Bank of Scotland plc	2010/3
392	Swatch Group AG / Tanzarella SA	2010/3
393	Jura Holding SA / Risi Beteiligungen und Verwaltungen AG	2010/3
394	Barclays / Crédit Suisse / Ionbond	2010/3
395	Migros Beteiligung AG / Iloma Holding AG	2010/3
396	Emmi / Fromalp	2010/3
397	CVC Capital Partners SICAV-FIS SA / Sunrise Communications AG	2010/4
398	Apollo / Omega	2010/4
399	Swisscom Directories AG / PubliDirect Holding AG	2010/4
400	Goldman Sachs / TPG / Ontex	2010/4
401	BASF Handels- und Exportgesellschaft mbH / Cognis Holding GmbH	2010/4
2011		
402	Gilde Buy-Out Management Holding BV / Parcom Capital Management VB betreffend Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Gamma Holding NV	2011/1
403	CVC Capital partners / Apollo Management / Brit insurance	2011/1
404	Swatch Group AG / Novi SA	2011/1
405	Coop / transgourmet	2011/1
406	Emmi / Ziegenmilchsparte Bettex	2011/1
407	Swisscom (Schweiz) AG / Axept AG	2011/1
408	SBB Cargo / Hupac	2011/1
409	FIAT Powertrain / GM / VM Motori	2011/1
410	Tamedia / Car4you	2011/1
411	Swiss Life / Nationale Suisse (Geschäftszweig Kollektivleben)	2011/1
412	Lufthansa Technik AG / Panasonic Avionics Corporation (GU idair GmbH)	2011/1
413	Bell / Toni Hilt Treunahdschaft / Hilcona	2011/2
414	Strabag SE / Astrada AG	2011/2
415	Strabag SE / Brunner Erben Holding AG	2011/2
416	INEOS AG / PetroChina International (London) Limited	2011/2
417	Infront / Ringier	2011/2
418	Daimler / Rolls-Royce	2011/3
419	car4you Schweiz AG (Tamedia) / www.auto-online.ch	2011/3
420	Emmi / Onken	2011/3
421	BASF SE / INEOS Industries Holdings Limited	2011/3

N°	Affaire	DPC
422	Emmi / Rutz	2011/3
423	Tamedia AG / Doodle AG	2011/3
424	BSI AG / Avaloq Group AG	2011/3
425	Swisscom (Schweiz) AG / Groupe E SA	2011/3
426	VW / MAN	2011/3
427	Bridgepoint / Infront	2011/4
428	PTT Chemical Public Company Limited / Cargill, Incorporated / NatureWorks LLC	2011/4
429	Galenica / Fresenius Medical Care	2011/4
430	Fluxys / Swissgas / Transigas	2011/4
431	Fluxys / Swissgas / Transigas (Zwischenverfügung vorzeitiger Vollzug)	2011/4
2012		
432	Tamedia / Bilan / Tribune des Arts	2012/1
433	Bank Sarasin & Cie AG / B Safra Luxembourg SA	2012/1
434	PTT Global Chemical Public Company Ltd / Perstorp Holding AG & Perstorp Holding France SAS	2012/1
435	Sony Corporation / Sony Ericsson Mobile Communications AB	2012/1
436	Apax partners LLP / Orange Communications SA	2012/1
437	General Electric Company / Microsoft Corporation / Joint Venture	2012/1
438	Tamedia / Langenthaler Tagblatt	2012/1
439	NZZ / Ringier / Tamedia / cXense / PPN	2012/1
440	Sony / Mubadala / EMI MP	2012/2
441	Strabag SE / Astrada AG	2012/2
442	Tamedia / Gérard Paratte / ImmoStreet	2012/3
443	Tamedia / Giacomo Salvioni / 20 minuti / TIO	2012/3
444	GIM / Fluxys / Swissgas / Fluxswiss / Transigas	2012/3
445	BKW FMB Energie AG / Groupe E SA / CC Energie SA	2012/4
446	Migros / Galaxus	2012/4
447	Hilcona / Gastro Star	2012/4
448	Schweizerische Post / La Poste	2012/4
449	Advent International Corporation / Douglas Holding AG	2012/4
450	Migros / Angehrn	2012/4
2013		
451	Tamedia / Ringier / Jobs.ch / Jobup	2013/1
452	Tamedia / Ringier / Jobsuchmaschine	2013/1
453	A4 Limited / B SA	2013/1
454	Publigroupe / Improve Digital	2013/1
455	Swatch Group AG / Harry Winston Holdings Inc	2013/1
456	Schweizerische Post / La Poste	2013/1

N°	Affaire	DPC
457	BristolMyers Squibb Company / Astra Zeneca PLC / Amylin Pahraceuticals Inc	2013/1
458	ProVAG Versicherungen AG / PROVITA Gesundheitsversicherung AG	2013/2
459	Swisscom (Schweiz) AG / Telecom Liechtenstein AG	2013/2
460	Orell Füssli / Thalia	2013/2
461	Swisscom (Schweiz) AH / Deuromedia Technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH	2013/2
462	Zurmont / EGSB / Johan G. Olsen / Bauwerk / Boan	2013/2
463	Swisscom IT Services AG / Entris Banking AG	2013/2
464	Emmi AG / Studer Holding AG	2013/3
465	Swiss Prime Site / Tertianum	2013/3
466	AET / SES	2013/3
467	Tamedia AG / PPN AG	2013/3
468	Tamedia Schibsted / SCMS / piazza.ch / car4you	2013/3
469	Tamedia / Starticket	2013/3
470	PubliGroupe / S1TV	2013/3
474	MDC Industry Holding Company LLC I DUBAL Holding LLC I Emirates Global Aluminium PJSC (Erwerb gemeinsamer Kontrolle über Emirates Global Aluminium PJSC)	2013/3
472	Swisscom (Schweiz) AG / DL - Groupe GMG SA	2013/4
473	Mediaspectrum Inc / Publigroupe SA / xentive SA	2013/4
474	BLS AG / BLS Cargo AG	2013/4
475	Ineos AG / Solvay SA	2013/4
2014		
476	Tamedia AG / Ziegler Druck und Verlags AG	2014/1
477	Omega SA / René Clémence SA	2014/1
478	Migros / Schild	2014/1
479	Tamedia AG / Unternemnensteil B2C der Ticketportal AH	2014/1
480	KKR & Co LP / Arte Capital Partners Limited / Hilding Anders Midco AB	2014/1
481	Carlyle Group / Vitol Group / Varo Energy Holding	2014/1
482	Debrunner Koenig Holding AG / BST Holding AG	2014/1
483	Coop / Marché	2014/2
484	Aurelius / Publicitas	2014/2
485	Thomas Kirschner / Valora Mediaservices AG	2014/2
486	Carlyle / PAI / CST	2014/2
487	Kallisto / CABB International GmbH	2014/2
488	LGT Bank (Switzerland) ltd / Unternehmensteil HSBC Private Bank SA	2014/3
489	Swisscom (Schweiz) AG / Publigroupe SA	2014/3
490	AIH / LIPO	2014/3
491	Broad Street Principal Investments Holdings / KFG investment / Flint Group	2014/3

N°	Affaire	DPC
492	Mercuria Energy / Rohstoffhandelsgeschäft der JP Morgan Chase / Co.	2014/3
493	Helvetia Holding AG / Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft AG	2014/3
494	Droege International Group AG / Verlagsgruppe Weltbild GmbH	2014/3
495	Ringier / Le Temps	2014/4
496	Ringier Le Temps annonce du changement de structure actionnaire ER Publishing SA	2014/4
497	Ringier / Le Temps Revue des Charges de 2003	2014/4
498	Robert Bosch GmbH / BSH Bosch und Siemens Hausgeräte GmbH	2014/4
499	Varo Energy Tankstorage AG / Varo Energy Marketing AG / Total (Suisse) SA	2014/4
500	Cargill / Copersucar	2014/4
501	Thomas Kirschner / A und B XY / Valora Mediaservices AH	2014/4
502	KKR & Co LP / Allianz SE / Selecta AG	2014/4
503	Tamedia / home.ch	2014/4
2015		
504	Emmi / Molkerei Biedermann / Gläseme Meierei	2015/1
505	Santander Consumer Finance SA / Peugeot SA	2015/1
506	Airbus / Safran / JV	2015/1
507	Mutuel / Supra	2015/1
508	Chiquita Brands International INC / Cutrale / Safra	2015/1
509	Zürcher Kantonalbank / Swisscanto Holding AG	2015/1
510	Valora Holding AG / LS Distribution Suisse SA	2015/1
511	Swisscom AG / Sixt SE	2015/1
512	Anglo American / BHP Billiton / Samancor	2015/1
513	Varo Energy Germany GmbH / GEKOL Mineralölhandel GmbH & Co. KG	2015/2
514	UBP / partie de l'entreprise Coutts	2015/2
515	Swisscom Directories / Search.ch	2015/3
516	Axel Springer Schweiz / Ringier	2015/3
517	Nokia Corporation / Alcatel-Lucent	2015/3
518	Kirschner / Valora Warenlogistik AG	2015/3
519	Tamedia / ricardo.ch	2015/3
520	JobCloud / JobScout 24	2015/3
521	Goldman Sachs / Altor / Hamlet	2015/3
522	Saint-Gobain / Sika	2015/4
523	Coop / Swisscom	2015/4
524	KKR & Co. LP / Selecta AG	2015/4
525	Groupe E Celsius SA	2015/4
526	Vitol Holding / CIEP II Sàrl / NSH (North Sea Holding BV) / Varo Energy VB / Argos Downstream Europe BV	2015/4

N°	Affaire	DPC
527	Migros / Lüchinger+Schmid-Gruppe	2015/4
528	SRF / Swisscom / Ringier	Pas publiée
2016		
529	General Electric Company / ALSTOM Energy	2016/1
530	General Electric Company / ALSTOM Energy - Kostenverfügung	2016/1
531	Astorg / Goldman Sachs / HRA Pharma	2016/1
532	Tamedia AG / Immostreet.ch SA	2016/1
533	Tamedia / Tradono Denmark / Tradono Switzerland	2016/1
534	Tamedia / Adextra	2016/1
535	Amcor / SIDEL / JV	2016/2
536	ArcelorMittal / les Etablissements Financiers / Bagoeta	2016/2
537	Verily Life Sciences LLC / Aventis Inc.	2016/2
538	Lekkerland (Schweiz) AG / Grosshandelsgeschäft der Contadis AG	2016/2
539	Coop / Fust & Coop / Carrefour Modification des Charges	2016/2
540	7Days Group / Güll-Gesellschaften	2016/3
541	Denali Holding Inc. / EMC Corporation	2016/3
542	BKW / AEK	2016/3
543	7Days Media Services / Naville, Dynapresse, Presse-Import	2016/3
544	Goldman Sachs / Altor / Navico / C-MAP	2016/3
545	EQT Services (UK) Limited / Bilfinger Real Estate Solutions GmbH und Bilfinger Efficiency GmbH	2016/3
546	Indigo / Ardian / Predica	2016/4
547	Postfinance AG / SIX Payment Services AG / TWINT AG	2016/4
548	HNA Group / Gategroup	2016/4
549	HNA Aviation Group Co. Ltd / SR Technics HoldCo 1 GmbH	2016/4
2017		
550	Glencore plc / Canada Pension Plan Investment Board / Glencore Agriculture Limited	2017/1
551	Tech Data / Avnet TS	2017/1
552	Mubadala / IPIC	2017/1
553	computer Sciences Corporation / Hewlett Packard Enterprise Services	2017/1
554	Canada Pension Plan Investment Board / Apax Partners LPP / GlobalLogic Holdings Limited	2017/1
555	EDF / CDC / RTE	2017/2
556	Post / SBB / SwissSign	2017/2
557	Energiedienst / Hälgl / Inretis	2017/2
558	Cinven Capital / The Canada Pension Plan	2017/2
559	Bâloise Vie / Pax	2017/2
560	BMW / Daimler / Ford / Porsche	2017/3

N°	Affaire	DPC
561	BLS / Transport ferroviaire Holding	2017/3
562	Civen Capital / Canada Pension Plan / GTA / Kuoni	2017/3
563	Canada Pension Plan / BPEA / Nord Anglia Education	2017/3
564	Bell Food / Hilcona	2017/3
565	Gilden / Oel-Pool / Shop	2017/3
566	Heraeus / Argor Heraeus	2017/3
567	Tamedia / Neo Advertising	2017/3
568	Demaurex / CCA	2017/3
569	Peugeot / Opel	2017/4
570	Peugeot / BNP / Opel / Vauxhall	2017/4
571	MOVE Mobility	2017/4
572	Tamedia / Tradono Switzerland	2017/4
573	HSDG / Maersk Line	2017/4
574	Buyln	2017/4
2018		
575	SDA / Keystone	2018/2
576	MOVE Mobility	2018/2
577	Galexis / Pharmapool	2018/2
578	Kuraray / Sumitomo / PTT Global	2018/2
579	Airbus / CSALP	2018/2
580	AXA / XL Group	2018/3
581	Vontobel / Notenstein	2018/3
582	Lenovo Group / Fujitsu	2018/3
583	Carl Zeiss / Deutsche Telekom	2018/3
584	Continental Automotive / Alstom / EasyMile	2018/3
585	Ticketcorner Holding / Tamedia / Ticketcorner / Starticket	2018/3
586	Mövenpick Hotels / Accor	2018/3
587	Partners Group / Canada Pension Plan / GlobalLogic Holdings	2018/3
588	Bouygues Construction / Alpiq Inteq / Kraftanlagen München	2018/4
589	AZ Medien / NZZ	2018/4
590	Tamedia / Axa / JV	2018/4
591	Tamedia / Basler Zeitung	2018/4
592	Vossloh / Rhomberg Sersa Rail	2018/4
593	TNT Swiss Post / FedEx Express Switzerland	2018/4
594	Universitätsspital Basel / Kantonsspital Baselland (Stellungnahme)	2018/4
2019		
595	AMAG Import / ASAG	2019/1
596	AMAG / Swisscom / JV	2019/1
597	BMW / Daimler / JV	2019/1

N°	Affaire	DPC
598	Worldline / SIX Payment Services Group	2019/1
599	Ringier / Bärtschi Media	2019/1
600	Tamedia / Zattoo International	2019/1
601	Embassy Jewel / Nolas Holding	2019/1
602	Siemens / Alstom	2019/1
603	Infracore / MPT / Basler Versicherung / AEVIS VICTORIA	2019/2
604	Volare Group / Advitec	2019/2
605	Boeing / Safran / JV	2019/2
606	Romande Energie / Elektrizitätswerke Zurich / EBM Energie / JV	2019/2
607	Swisscom Directories / Websheep	2019/2
608	Ringier Axel Springer Schweiz / Cash zweiplus	2019/2
609	Santander Consumer Bank / Hyundai Capital Services	2019/2
610	Transgourmet / Emmi Frisch-Service	2019/3
611	BMS / Celgene	2019/3
612	Infront / Ringier II	2019/3
613	Esta / RRJ Capital / Gategroup	2019/3
614	Tamedia / Planet 105	2019/3
615	Carlyl Group / Mubadala Investment	2019/4
616	Migros / IP-Suisse	2019/4
617	Bookfield Asset Management / Oaktree Capital Group	2019/4
618	BKW Energie / Swisspro Group	2019/4
619	Evonik / DSM	2019/4
620	Spital STS / Medbase	2019/4
621	Emil Frey / Peugeot / Citroën / Opel	2019/4
622	The Blackstone Group / CRH Gétaz Holding	2019/4
623	Gasverbund Mittelland / Gaznat / SET Swiss Energy Trading	2019/4
624	Medbase / LUKS / Medbase ZS	2019/4
625	Allfunds International Schweiz / Credit Suisse InvestLab	2019/4
626	Swisscom / AMAG / Zurich / AutoSense	2019/4
627	Michelin / Faurecia / Symbio	2019/4
628	Migros / Topwell	2019/4

Source : DPC 1997/2 - DPC 2019/4.

Total	Notifiées	Interven- tions *	Charges et conditions	Interdictions	Retraits et interdictions
Quantité	741	28	22	3	6
Taux		3.78%	2.97%	0.4%	0.81%

* Inclut les prononcés de mesures, les interdictions et les retraits.

Annexe II :

Statistiques de la Commission européenne 2004-2019

Année	Notifications	Ph. 1 autorisées	Ph. 1 charges et conditions	Ph. 1 retraits	Ph. 2 autorisées	Ph. 2 charges et conditions	Ph. 2 retraits	Ph. 2 interdites
2019	382	343	10	12	0	6	0	3
2018	414	366	17	10	4	6	2	0
2017	380	353	18	7	0	2	2	2
2016	362	327	19	8	1	6	1	1
2015	337	297	13	6	1	7	2	0
2014	303	280	12	6	2	5	0	0
2013	277	252	11	1	2	2	0	2
2012	283	254	9	4	1	6	1	1
2011	309	299	5	9	4	1	1	1
2010	274	253	14	4	1	2	0	0
2009	259	225	13	6	0	3	2	0
2008	348	307	19	10	9	5	3	0
2007	402	368	18	5	5	4	2	1
2006	356	323	13	7	4	6	2	0
2005	318	276	15	6	2	3	3	0
2004	247	220	12	3	2	4	2	1
4064/89 *		-173	-8		-2	-4		-1
Total	5251	4570	210	104	36	64	23	11

* Affaires rendues en 2004, sous l'empire de la Directive 4064/89.

Source : Directorate General for Competition, Merger Statistics.

Total	Autorisées	Interventions *	Charges et conditions	Interdictions	Retraits et interdictions
Quantité	4606	412	274	11	138
Taux	87.72%	7.85%	5.22%	0.21%	2.63%

* Inclut les prononcés de mesures, les interdictions et les retraits.

Annexe III : Statistiques des Agences américaines 1997-2019

Année	Notifiées	Non attaquées	Autorité	Charges et conditions	Retraits	Interdites
2019	2089	2051	FTC	10	10	0
			DOJ	9	7	0
2018	2111	2072	FTC	12	10	0
			DOJ	12	4	0
2017	2052	2011	FTC	15	8	0
			DOJ	11	6	1
2016	1832	1785	FTC	16	5	0
			DOJ	15	7	3
2015	1801	1759	FTC	17	4	0
			DOJ	8	12	0
2014	1663	1630	FTC	13	4	0
			DOJ	12	4	0
2013	1326	1288	FTC	18	5	0
			DOJ	10	5	0
2012	1429	1385	FTC	16	9	0
			DOJ	12	7	0
2011	1450	1413	FTC	9	5	1
			DOJ	11	7	2
2010	1166	1125	FTC	19	3	0
			DOJ	15	4	0
2009	716	685	FTC	10	8	0
			DOJ	8	4	0
2008	1726	1689	FTC	13	8	0
			DOJ	16	0	0
2007	2201	2167	FTC	14	6	1
			DOJ	10	2	0
2006	1768	1736	FTC	9	7	0
			DOJ	14	2	0
2005	1675	1657	FTC	10	4	0
			DOJ	4	0	0

Année	Notifiées	Non attaquées	Autorité	Charges et conditions	Retraits	Interdites
2004	1454	1430	FTC	11	3	0
			DOJ	6	2	0
2003	1014	978	FTC	10	11	0
			DOJ	8	5	1
2002	1187	1153	FTC	13	10	1
			DOJ	7	2	0
2001	2376	2321	FTC	19	4	0
			DOJ	28	4	0
2000	4926	4846	FTC	19	13	0
			DOJ	34	13	1
1999	4642	4565	FTC	18	12	0
			DOJ	36	11	0
1998	4728	4644	FTC	23	7	3
			DOJ	34	17	0
1997	3702	3643	FTC	17	9	1
			DOJ	21	9	0
Total	49'034	48'033		672	300	15

Source : FTC & DOJ, Hart-Scott-Rodino Annual Report, 1997 à 2019.

Total	Non attaquées	Attaquées	Charges et conditions	Inter- diction	Retrait et inter- diction	Attaquées avec succès *
Quantité	48'033	1001	672	15	315	987
Taux	97.96%	2.04%	1.37%	0.03%	0.64%	2.01%

* Inclut les prononcés de mesures, les interdictions et les retraits.

Sur l'auteur:

Dr Valentin Botteron a obtenu un Master en droit de l'Université de Neuchâtel (2013) et un brevet d'avocat (2015). Il a travaillé en qualité d'assistant-doctorant auprès de la chaire de droit des obligations et d'introduction au droit de l'Université de Neuchâtel entre 2015 et 2020. Durant cette période, il a effectué un séjour d'une année en mobilité à Columbia Law School (New York), en qualité de chercheur invité (2018).

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 19 octobre 2020 à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Le jury, composé du Prof. Blaise Carron (directeur de thèse), de la Prof. Evelyne Clerc, du Prof. Patrik Ducrey et du Prof. Philipp E. Zurkinden, l'a admise avec la mention *summa cum laude*.

Dr Valentin Botteron occupe aujourd'hui la fonction de greffier auprès de la Première Cour de droit civil du Tribunal fédéral.

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Collection *sui generis*

éditée par Daniel Hürlimann et Marc Thommen

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

001 — Monika Simmler : Normstabilisierung und Schuldvorwurf

002 — Marc Thommen : Introduction to Swiss Law

003 — Silvio Hänsenberger : Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften

004 — Mais A.M. Qandeel : Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory

005 — Moritz Oehen : Der Straßkläger im Straßbefehls- und im abgekürzten Verfahren

006 — Jens Lehne : Crisis at the WTO : Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?

007 — Lorenz Garland : Waffengleichheit im Vorverfahren

008 — Christoph Urwyler : Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Straßvollzug

009 — Dominik Elser : Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

010 — David Henseler : Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private

011 — Lorenz Raess : Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration

- 012 — Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber : Das Verfahren
vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht
- 013 — Emanuel Bittel : Die Rechnungsstellung im schweizerischen
Obligationenrecht
- 014 — Stephan Bernard : Was ist Strafverteidigung?
- 015 — Frédéric Erard : Le secret médical
- 016 — Valentin Botteron : Le contrôle des concentrations d'entreprises

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis*, éditée par
Daniel Hürlimann et Marc Thommen.

1^{ère} édition 1 Mai 2021

© 2021 Valentin Botteron

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative
Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de
réutilisation (CC BY 4.0 – <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>).



L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds
national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-16-2

DOI 10.38107/016

Lectorat: Jean Perrenoud

Graphisme: Müller+Hess, Basel

Imprimerie: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS D'ENTREPRISES

Le test du contrôle des concentrations d'entreprises est en pleine remise en question en Suisse. Bon nombre de commentateurs se prononcent en faveur de la transposition dans la Loi sur les cartels (LCart), du droit européen en la matière et de son test SIEC pour « *Significant Impediment to Effective Competition* ».

Cette étude envisage d'abord l'opportunité d'un changement législatif ainsi que le choix d'un éventuel nouveau test. Puis, dans un examen de la pratique de la Comco de 1997 à 2019 en matière de contrôle des concentrations, la thèse présente le test suisse étape par étape et son application sous forme de statistiques. L'auteur confronte ensuite le test suisse au test SLC américain et au test SIEC européen à l'aide de tableaux didactiques et formule enfin une proposition législative.